3 1761 09492408 1

UNIVERSITY
OF
TORONTO
LIBRARY

Law
For
W5262.be

Beiträge

zur

Lehre vom Urtheil.

Zwei civilprozessualische Abhandlungen

von

Albert Westerburg,
Landrichter zu Duisburg.

Besonderer Abdruck aus Gruchot's Beiträge XXIV.

308241
31/11/93

Berlin, 1880.
Verlag von Franz Vahlen
Mohrenstraße 13/14.

1 M 20 r

BIBLIOTHECA
OLDENBURGENSIS

Seinem theuren Oheim

dem

Herrn Obertribunalsrath Dr. jur. Deul

gewidmet

vom

Verfasser.

Vorwort.

Die zwei nachfolgenden Abhandlungen sind bereits im diesjährigen Bande der Gruchot'schen Zeitschrift erschienen. Bei dem allgemeinen Interesse, welches die Lehre von der Abweisung angebrachter Maßen darbietet, glaubte ich die Erörterungen über dieselbe auch solchen Kreisen zugänglich machen zu sollen, welchen jene vorzugsweise für preußische Juristen bestimmte Zeitschrift nicht zu Gesichte kommt. Der zweite Aufsatz, über den Einwand der Klageänderung, steht mit der ersten Abhandlung in so vielfachem Zusammenhange, daß ich ihn nicht davon trennen mochte. Er trägt auch an sich für die junge Lehre vom Zwischenurtheil vielleicht Einiges bei.

Ich verhehle mir keineswegs, daß nicht bloß die Ergebnisse meiner Untersuchungen, sondern auch deren Methode vielfach auf Widerspruch stoßen werden. Indessen tröstet mich für alle Fälle die Erwägung, daß auch Irrthümer nicht werthlos für den Fortschritt der Wissenschaft sind, die ja nur aus der steten Bewegung und Reibung der Geister Leben und Kraft erhält. Für jede öffentliche wie private Belehrung, Berichtigung und Anregung werde ich ebenso empfänglich als dankbar sein.

Duisburg im März 1880.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/beitrgezurlehrev00west

Inhalts-Uebersicht.

Seite

I. Giebt es noch eine Abweisung in angebrachter Art?

§ 1. Ansicht Mancher, daß die C.P.O. die Abweisung angebrachter Maßen nicht kenne 9

§ 2. Stand der bisherigen Doktrin und Praxis 10

§ 3. Theorie des Verfassers 17

§ 4. Historische Grundlagen im römischen und gemeinen Rechte . 28

§ 5. Preußisch rechtliche Entwicklung 36

§ 6. Die Abweisung angebrachter Maßen besteht auch noch im neuen Prozesse zu Recht und ist praktisch unentbehrlich 38

§ 7. Ihre Stellung im System 47

II. Ueber den Einwand der unzulässigen Klageänderung in formeller Beziehung 51

I. Rechtliche Natur des Einwandes. Es ist weder prozeßhindernde Einrede, noch Einrede überhaupt, sondern einerseits Rechtsdeduktion, andererseits civilrechtliche Protestation 52

II. Formelle Behandlung des Einwandes. Unmöglichkeit eines Zwischenurtheils 57

III. Besondere Fälle (Konkurrenz mehrerer Klagegründe. Gleichzeitige Zurücknahme der Klage) 64

I.

Giebt es noch eine Abweisung in angebrachter Art?

§ 1.

In verschiedenen angesehenen Kommentaren zur Civilprozeßordnung wird gelehrt, das neue Prozeßrecht kenne gar keine Abweisung der Klage oder Widerklage in der angebrachten Art. Und zwar tritt diese Meinung bald in dem kategorischen Postulate auf, jene Urtheilsart sei durch die C.P.O. überhaupt grundsätzlich abgeschafft, oder sie erscheint wenigstens in der abgeschwächten Behauptung, die Abweisung angebrachter Maßen sei in Zukunft thatsächlich nicht mehr nothwendig, ja nicht mehr möglich, es sei keine Veranlassung dazu mehr denkbar.

So heißt es bei Wilmowski und Levy, S. 264:

„Eine Abweisung „angebrachter Maßen" kennt die C.P.O. nicht, auch ist ein praktisches Bedürfniß dafür nicht anzuerkennen. Eine nicht schlüssige, bez. nicht gehörig substanziirte Klage ist nach § 296 Abs. 2[1]) einfach abzuweisen. Der wirkliche, etwa bestehende Klagegrund wird dadurch nicht konsumirt. Vgl. Entsch. Obertrib. Bd. 79 S. 11."

Ferner bei Struckmann und Koch, S. 98 (erste Auflage) in Note 3 zu § 130[2]):

---

[1]) § 296 C.P.O. lautet:

Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnißurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzusehen.

Soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

[2]) § 130 C.P.O. lautet:

„Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge

„Durch das Wort „hat" (in § 130 Abs. 2), welches auf Beschluß der R.J.K. an die Stelle des in den Entwürfen stehenden „kann" gesetzt wurde, ist deutlich ausgedrückt, daß das Fragerecht nicht bloß ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Vorsitzenden ist. Demnach stellt sich, wenn von dem Fragerecht der volle, im Gesetz vorgesehene, Gebrauch gemacht wird, für die Zukunft die namentlich im gemeinrechtlichen Prozesse oft vorkommende Abweisung einer Klage „in angebrachtem Maße", „in angebrachter Art" u. s. w. wegen ungenügender Substanziirung als unmöglich dar. Denn der Vorsitzende bezw. das Gericht ist verpflichtet, vermöge des Fragerechts auf eine Ergänzung der ungenügenden Substanziirung durch die Partei hinzuwirken, und, wenn die letztere seiner Aufforderung nicht nachkommt, die Folgen der Nichtbeantwortung der Frage selbst zu beurtheilen."

Derselbe Gedanke kehrt in verschiedenen Variationen in populären Darstellungen des neuen Prozeßrechts wieder; die Beseitigung der „Abweisung in angebrachter Art" wird darin häufig als ein Hauptvorzug des neuen Rechts gefeiert.

An allem dem ist aber nur das Eine wahr, daß bei einer verständigen Anwendung des richterlichen Fragerechts (§ 130) allerdings die Nothwendigkeit, eine Klage in angebrachter Art abweisen zu müssen, vielfach ausgeschlossen werden kann und wird. Dagegen ist die Erwartung, dies werde in allen Fällen möglich sein, durchaus unbegründet, und falsch, wenn behauptet wird, daß die C.P.O. das Institut der Abweisung in angebrachter Art überhaupt grundsätzlich verwerfe.

Dies nachzuweisen, ist der Zweck des nachfolgenden Aufsatzes.

§ 2.

Die zu widerlegende Ansicht ist m. E. überhaupt nur möglich bei einer unrichtigen oder wenigstens schiefen, nicht zur völligen

---

erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen."

wissenschaftlichen Klarheit durchgedrungenen Auffassung des Wesens und der eigentlichen juristischen Natur der Abweisung angebrachter Maßen. Die Dogmengeschichte dieses einzelnen Instituts zeigt zur Evidenz, wie durchaus nothwendig es ist, überall die Grundbegriffe unserer Wissenschaft in dialektisch-konstruktiver Weise festzustellen. Derartige Untersuchungen machen demjenigen, der überall nur sogleich den praktischen Erfolg sehen will, allerdings oft den Eindruck bloß theoretischer Abstraktion oder gar Haarspalterei. Wer irgend weiter blickt, weiß, daß auf ihnen schließlich der ganze Aufbau unserer Wissenschaft beruht, und daß Unterlassungs- oder Begehungssünden, die auf diesem Gebiete begangen werden, sich mit der zwingenden Nothwendigkeit, die einmal dem Kausalitätsprinzip innewohnt, unfehlbar auch in den praktischen Resultaten rächen.[3]) Möchte man daher namentlich unter unseren Berufsgenossen sich abgewöhnen, auf solche Begriffsuntersuchungen mit dem überlegenen Lächeln der „Praxis" herabzusehen! Was man so oft lediglich seinem praktischen Takt oder seinem gesunden Menschenverstand zu verdanken glaubt, ist doch zumeist nur kritiklos angenommene frühere Theorie; das „tamquam e vinculis sermocinantur"[4]) trifft hier durchaus zu.

Die Erkenntniß des Wesens der Abweisung angebrachter Maßen ist namentlich durch zwei äußerliche Umstände sehr erschwert worden: durch die unglückliche Namensähnlichkeit, wonach die Abweisung in angebrachter Art nur eine Modifikation der Abweisung schlechtweg zu sein scheint, sodann durch den praktischen Gesichtspunkt, daß bei beiden Urtheilsarten gleichmäßig der Kläger nicht reüssirt, sondern mit der erhobenen Klage kostenfällig zurückgewiesen wird. Was lag hier — bei mangelnder juristischer Analyse des Wesens des Urtheils überhaupt wie des Wesens der Abweisung angebrachter Maßen insbesondere — näher, als daß beide Urtheilsgattungen mit einander konfundirt, ja identifizirt oder sogar geradezu verwechselt wurden! Und diese Gefahr mußte noch erheblich gesteigert werden, da einzelne ausdrückliche Gesetzesaussprüche, an denen man sich hätte festhalten können, durchaus fehlten. Die Abweisung angebrachter Maßen ist ganz und gar ein Kind der Praxis, und zwar einer Praxis, welche, wie wir

[3]) „Die Methode einer Wissenschaft ist von weit größerer Bedeutung, als irgend eine einzelne Entdeckung, so überraschend sie auch sein mag" (Cuvier).

[4]) Bacon von Verulam de dign. et augm. scient. VIII. 3.

sehen werden, auf innerer, wenn vielleicht oft auch nur mehr gefühlten als bewußten Nothwendigkeit beruht, also echtes und vollgültiges Gewohnheitsrecht. Wer im Einzelnen zu sehen wünscht, wie das Gewohnheitsrecht ein Hauptmittel ist, um, allen äußeren ungünstigen Umständen zum Trotz, die raison, die eigentliche innere Vernunft des Rechts, zur Geltung zu bringen, und wer noch Zweifel daran hat, daß der Hegel'sche Gedanke von der siegreichen Selbstentwicklung und Selbstbethätigung des dialektischen Begriffes ein durchaus richtiger ist — der möge sich die Geschichte der Abweisung angebrachter Art und namentlich ihre preußisch-rechtliche Entwicklung näher betrachten!

Die Begriffsverwirrung, die innerhalb der preußischen Praxis über die Abweisung angebrachter Maßen vielfach besteht und die auf sehr erklärlichen Gründen beruht (vgl. unten § 5), spiegelt sich zwar auch in der Literatur[5]) ab, tritt aber besonders grell in der Rechtsprechung des Ober-Tribunals[6]) hervor. Während das Ober-Tribunal früher[7]) (richtig) annahm, daß eine Abweisung in angebrachter Art nicht erfolge, um die Klage aus einem anderen Fundamente vorzubehalten, sondern wenn „aus den angebrachten Thatsachen der geltend gemachte Anspruch noch nicht folgt, wohl aber aus dem ganzen Sachverhältniß ersichtlich ist, daß eine Vervollständigung des Faktums in Aussicht steht, dessen Geltendmachung die Klage rechtfertigen würde," also bei nicht genügend substanziirter Klage, und während es dementsprechend (richtig) annehmen mußte[8]), daß eine Abweisung angebrachter Maßen überhaupt niemals

---

[5]) Vgl. besonders: Westerburg, die Abweisung in angebrachter Art nach gemeinem und preußischem Recht. Brilon. 1874. Förster in Gruchot's Beiträgen II S. 343 ff. Derselbe: Theorie und Praxis I S. 271 (3. Aufl.). Koch, Prozeßordnung 6. Auflage S. 21 Note 42. — Die frühere Literatur siehe in Rönne's Ergänzungen und Erläuterungen (4. Aufl.) Bd. III. S. 216 (hervorzuheben besonders Arndts in dessen juristischer Wochenschrift Jahrgang 1846 S. 226 ff.).

[6]) Vgl. besonders die Nachweisungen bei Westerburg l. c. S. 17 ff. Striethorst Archiv 2 S. 303; 11 S. 294; 26 S. 24; 37 S. 344; vor Allem aber 75 S. 250. — Entscheidungen R.O.H.G. V. 35.

[7]) Entsch. vom 30. April 1844, mitgetheilt von Arndts a. a. O., Westerburg S. 19 unter b.

[8]) Entsch. aus dem Jahre 1844, mitgetheilt von Arndts a. a. O. S. 446, Westerburg l. c. S. 18.

die exceptio rei judicatae erzeugen könne: hat später das Ober-Tribunal seine Ansicht geradezu gewechselt und in einzelnen Senatsentscheidungen wie im Plenum die Theorie aufgestellt: die Abweisung in angebrachter Art erfolge nur, um dem Kläger, der aus einem falschen Fundamente geklagt habe, die Klage aus dem richtigen Fundamente offen zu halten, dagegen sei eine nicht gehörig substanziirte Klage definitiv abzuweisen, gerade so wie eine nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstütze Klage definitiv abgewiesen werden müsse.[9]) Da nun der Klage aus einem andern Fundamente, weil sie selbst eine andere ist, die exceptio rei judicatae überhaupt nicht entgegen stehen kann,[10]) für sie also ein Vorbehalt, wie er in der Abweisung angebrachter Maßen liegen soll, ganz überflüssig, also juristisch sinnlos ist, so mußte man von dieser Ansicht des Ober-Tribunals folgerichtig weiter dahin kommen, jeden *materiellen* Unterschied zwischen der Abweisung angebrachter Maßen und der puren Abweisung einfach zu leugnen. Die letzte Konsequenz war dann, auch aus der Abweisung angebrachter Maßen gegen die wiederholte Klage aus demselben Fundamente die exceptio rei judicatae zu gewähren. Dies ist in der That in der Praxis vielfach geschehen; in unzweideutigster Weise ist diese Ansicht zur Geltung gebracht in der am Anfang meiner bereits zitirten „Abweisung" abgedruckten appellationsgerichtlichen Entscheidung, worin es heißt:

„Durch die Zurückweisung einer Klage in der angebrachten Art soll dem Kläger nur die Anstellung einer neuen Klage *aus einem andern Fundamente* ausdrücklich vorbehalten, nicht aber entgegen der Vorschrift der §§ 65 und 66 der Einleitung in die Prozeßordnung das Recht zuerkannt werden, den durch das Erkennt-

---

[9]) Plenarentsch. vom 8. Juli 1869 (*Striethorst* 75 S. 275 ff.). Die Entscheidung schließt mit den Worten: „Nach allen diesen Allegaten mag es für das Gebiet des preußischen Prozesses als anerkannt betrachtet werden, daß ein Kläger, welcher seine Klageanträge nicht gehörig substanziirt oder das von ihm zu erbringende thema probandum nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstützt hat, nicht in der angebrachten Art, sondern definitiv zurückzuweisen ist. Wie es in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des gemeinen Prozesses sich verhalte, mag hier dahingestellt bleiben, jedoch beiläufig erwähnt werden, daß in der Entscheidung des fünften Senats vom 19. April 1864 (*Striethorst's* Archiv Bd. 54 S. 209) der Ausspruch geschieht: der Grundsatz, daß eine nicht substanziirte Klage pure abzuweisen sei, lasse sich in dieser Allgemeinheit als richtig nicht anerkennen."

[10]) *Westerburg* l. c. S. 5.

niß aberkannten Anspruch aus dem in dem entschiedenen Prozesse aufgestellten Fundamente von Neuem einzuklagen."

Andererseits hat wieder das Ober-Tribunal in anderen Entscheidungen an sich richtig, aber in innerem Widerspruch mit der oben mitgetheilten Plenarentscheidung, gelehrt und entschieden, daß, wenn die Abweisung angebrachter Maßen nach Inhalt der Entscheidungsgründe nicht wegen Aufstellung eines unrichtigen Klagefundamentes, sondern wegen Mangels spezieller Begründung (also wegen mangelnder Substanziirung) erfolgt sei, der neuen, in der Art, wie es nach den Motiven der Abweisung erfordert worden, begründeten Klage der Einwand rechtskräftig entschiedener Sache nicht entgegenstehe.[10a])

Der Verwirrung der Praxis, welche sich fast noch mehr in den Entscheidungsgründen[11]) als in der schwankenden Rechtsprechung selbst abspiegelt, geht parallel der Streit der Theorie. Koch[12]) nennt die zuletzt mitgetheilte Entscheidung des Ober-Tribunals unjuristisch und lehrt geradezu: „Wenn Jemand die richtige Klage gebraucht und den Sachverhalt so ungeschickt vorträgt, daß der Richter sich nicht überzeugen kann, so ist es so gut, als wenn er sie nicht bewiesen hätte; die Klage (actio) ist konsumirt. Wo wäre sonst das Ende des Prozessirens (§ 65 der Einleitung zur A.G.O.)?" Eine Reihe früherer Schriftsteller[13]) perhorreszirt überhaupt das ganze Institut der Abweisung angebrachter Maßen; sie sei in den Gesetzen nicht begründet, daher unzulässig, auch nicht nöthig; der in ihr liegende Vorbehalt sei überhaupt wirkungslos oder gebe wenigstens keine absolute Sicherung gegen die exceptio rei judicatae; oder aber umgekehrt: die exceptio rei judicatae sei in den Fällen, wo auf Abweisung in der angebrachten Art erkannt zu werden pflege, ohnehin unzulässig und daher ungefährlich. Es ist unverkennbar, daß alle diese Schriftsteller den Zusammenhang zwischen der Abweisung angebrachter Maßen und der res judicata zwar fühlen, aber sich nicht

---

[10a]) Striethorst Bd. 11 S. 294, Koch, Prozeßordnung S. 21 unten.

[11]) Vgl. die ausführliche Darstellung in dem Erk. vom 8. Juli 1869 (Striethorst Bd. 75 S. 250), mitgetheilt bei Westerburg l. c. S. 18 ff. Namentlich der in Note 9 oben mitgetheilte Schlußpassus ist sehr bezeichnend.

[12]) a. a. O. S. 21.

[13]) Vollständig mitgetheilt bei Rönne a. a. O. (Grävell, Wilke, König, Dorguth, Diterici).

zum klaren Bewußtsein gebracht haben. Einen richtigen Gesichtspunkt machte bereits Arndts[14]) geltend, wenn er lehrte:

„Jenes Verhältniß der Abweisung angebrachter Maßen wird indessen nur dann erkennbar, wenn der Zusammenhang der erwähnten Erkenntnißform mit der Bedeutung der res judicata aufgefaßt wird. Ihre, der Abweisung angebrachter Maßen, Erforderlichkeit besteht darin, zu verhindern, daß das gerichtliche Erkenntniß nicht res judicata hervorbringe. Eine definitive Entscheidung schließt es aus, denselben Anspruch aus demselben Klagegrund noch einmal geltend zu machen. Dies bleibt dagegen offen, wenn nur angebrachter Maßen abgewiesen worden ist. Hierdurch erhält diese Erkenntnißform die ihr gebührende Stelle. Ein an sich begründeter Klageanspruch ist unvollständig vorgetragen; es mangelt die Angabe faktischer Umstände, die hinzutreten müssen, um dessen Geltendmachung zu rechtfertigen. Der Kläger kann daher nicht durchdringen, wenn er seine Klage nicht zu vervollständigen vermag. Wird in einem solchen Falle eine definitive Abweisung ausgesprochen, dann ist sein Klagegrund verworfen, er bleibt ihm erhalten, wenn er nur angebrachter Maßen zurückgewiesen war."

Aber es ist klar, daß Arndts nicht bis zum eigentlichen Wesen des Instituts durchdringt.

Schon viel näher kommt demselben Förster in seiner Abhandlung bei Gruchot Bd. 2 S. 349 ff. Jedoch hat sich auch ihm die eigentliche juristische Natur der Abweisung angebrachter Maßen nicht erschlossen. Neben vielen richtigen Bemerkungen, wie: daß die Abweisung angebrachter Maßen statthabe, wenn die Klage in thatsächlicher Beziehung nicht vollständig substanziirt sei, daß hingegen die Klage definitiv abzuweisen sei, wenn sich herausstelle, daß aus einem falschen Grunde geklagt sei oder wenn der Klagegrund nicht erwiesen sei, finden sich unrichtige Behauptungen, wie: daß die Klage auch definitiv abgewiesen werden müsse, wenn sie gar nicht substanziirt oder wenn eine unzulässige Aenderung des Klagegrundes erfolgt sei. Ein klares Prinzip läßt sich überhaupt hinter der Kasuistik dieser Abhandlung nicht erkennen. Wenn Förster am Anfang der Ausführung sagt:

„Da diese (die Urtheile, welche in angebrachter Art abweisen)

[14]) Jur. Wochenschrift von 1846 S. 226 ff.

die Anstellung einer neuen Klage nicht hindern, ja geradezu vorbehalten, so sprechen sie sich auch nicht endgültig über die rechtlichen Beziehungen der Parteien aus,"

so scheint es zwar, als ob Förster dem richtigen Gedanken auf der Spur sei, aber er verfolgt denselben nicht, und deshalb bleibt es bei einem unklaren Postulate, wobei zudem die Ursache zur Wirkung und die Wirkung zur Ursache gemacht wird.

Auch in seiner „Theorie und Praxis" [15]) gelangt Förster nicht bis zum eigentlichen Kernpunkt der Sache. Er führt zwar auch hier richtig aus, daß die Klage nicht in angebrachter Art, sondern definitiv abzuweisen sei, wenn aus einem falschen Fundamente geklagt werde (die entgegenstehende Ansicht des Ober-Tribunals nennt er „unbegreiflich") und daß die Abweisung angebrachter Maßen der verbesserten Klage aus demselben Fundamente gegenüber nicht die exceptio rei judicatae erzeuge. Auch enthält die Nebeneinanderstellung des in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses mit denjenigen Urtheilen, welche die Klage wegen Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs abweisen (die einen „mehr staatsrechtlichen Karakter" haben sollen) offenbar einen Schritt weiter auf dem Wege zur Erkenntniß des Wesens der Sache. Aber das letztere wird nicht klargestellt und ist auch dem Verfasser selbst offenbar nicht klar geworden, da er noch lehrt, daß der neuen Klage allerdings alsdann der Einwand der entschiedenen Sache entgegenstehe, wenn sie nicht frei sei von dem Mangel, der die Abweisung der ersten Klage verursacht habe.

Auch die gemeinrechtliche Literatur läßt eine Analyse des juristischen Wesens der Abweisung angebrachter Maßen vermissen. Das ganze Institut wird von ihr auf's stiefmütterlichste behandelt und durchweg mit einigen Zeilen — meist bei Besprechung des sog. ersten Dekrets auf die Klage, speziell der Abweisung a limine — abgethan, ohne daß auch nur ein Versuch gemacht wird, diese Urtheilsart näher zu untersuchen. [16]) Dagegen läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die gemeinrechtliche Praxis mit der Abweisung in

---

[15]) Bd. I. S. 271 ff. (3. Aufl.).

[16]) Vgl. die gangbaren Lehr- und Handbücher von Schmid, Baier, Wetzell, Renaud ꝛc. Ueber die Auffassung Bülow's (jetzt Professor in Tübingen) in seiner Monographie über die Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen siehe unten in § 4 dieses Aufsatzes.

angebrachter Art durchweg sicher und richtig zu operiren versteht, und daß solche Mißgriffe, wie sie aus der preußischen Rechtsprechung oben mitgetheilt werden mußten, hier vergeblich gesucht werden. Indessen zeigt sich der Mangel der sicheren wissenschaftlichen Grundlage für das Institut doch auch hier praktisch darin, daß man, ebenso wie Förster für das preußische Recht, der mit den alten Mängeln behafteten neuen Klage gegenüber aus der früheren Abweisung in angebrachter Art häufig die exceptio rei judicatae statuiren will.[17])

§ 3.

Bei dieser Sachlage hatte der Versuch, die Urtheilsart der Abweisung angebrachter Maßen auf ihren eigentlichen juristischen Inhalt zu analysiren und dadurch das spezifische Wesen dieses „verwahrlosten" Instituts herauszukehren, gewiß seine volle wissenschaftliche Berechtigung. Ich habe diesen Versuch in meiner im Jahre 1874 erschienenen kleinen Schrift „Die Abweisung in angebrachter Art nach gemeinem und preußischem Recht" unternommen. Es ist hier nachzuweisen versucht, daß die Abweisung „wie angebracht" eine nothwendige Folge der Verhandlungsmaxime einerseits und der unbedingten Urtheilspflicht des Richters andererseits ist. Beide Maximen mußten in einem gewissen Punkte mit logischer Nothwendigkeit in einen direkten Widerspruch treten und dieser Widerspruch hat in der Abweisung angebrachter Maßen seine Lösung gefunden — einer Entscheidung, wodurch der Richter seiner Urtheilspflicht formal genügend ein Erkenntniß spricht, aber ein Erkenntniß, das die materielle Entscheidung ablehnt. Das Wesen der Abweisung in angebrachter Art — das ist das Ergebniß meiner Untersuchungen — besteht sonach in einer motivirten Urtheilsverweigerung wegen logischer Unmöglichkeit des Urtheils.

„Wenn auch" — so habe ich dort unter Anderem ausgeführt — „dem deutschen Prozeßrechte Bestimmungen wie diejenigen des französischen Rechts fremd sind, wodurch der Richter mit Strafe und Regreßklage bedroht wird (code civil art. 4, code de procéd. art. 505 ff.), wenn er seine Entscheidung verweigert, so steht darum

[17]) Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen von Tauchnitz N. F. Bd. 6 S. 203, Bd. 19 S. 409. Entsch. des R.O.H.G. Bd. V. Nr. 35.

doch auch nach deutschem Staats- und Prozeßrecht nicht weniger fest, daß der Richter in allen zu seiner Kompetenz gehörigen Fällen sein Urtheil nicht versagen darf. Diese unbedingte Urtheilspflicht des Richters geräth jedoch in einer bestimmten Richtung in Kollision mit der thatsächlichen oder, besser gesagt, logischen Möglichkeit des Urtheils. Die Thätigkeit des erkennenden Richters bewegt sich bekanntlich immer in derselben logischen Form des Syllogismus. Den Obersatz bildet das objektive Recht, den Untersatz die in Frage stehenden thatsächlichen Vorgänge, und aus beiden hat dann der Richter vermöge seines Urtheilsvermögens zu konkludiren, ob der oder die geltend gemachten Ansprüche begründet sind oder nicht.[18]) Nun kann sich der Richter dieser Urtheilsfällung allerdings nicht dadurch entziehen, daß er sich auf seine mangelnde Rechtskenntniß oder die Unzulänglichkeit seiner Urtheilskraft beruft, um das Urtheil in concreto als ihm unmöglich hinzustellen. Vielmehr hat jene Urtheilspflicht gerade den Sinn, daß der Richter mit dem großen oder kleinen Maße von Rechtskenntniß und Verstand, dessen er sich nun einmal zu erfreuen oder nicht zu erfreuen hat, seine Entscheidung abgeben muß, mag dieselbe so richtig oder so unrichtig ausfallen, wie sie wolle. Wohl aber liegt eine thatsächliche Unmöglichkeit der Urtheilsfällung für den Richter dann vor, wenn entweder die Ansprüche des Klägers oder die Thatsachen, aus denen sie abgeleitet werden, in einer nicht genügend verständlichen Weise vorgetragen sind. Man kann nicht einwenden, daß der Richter diese Lücken im thatsächlichen Materiale durch Befragen der Parteien und eigene Nachforschungen auszufüllen habe. Denn abgesehen von der häufigen faktischen Unmöglichkeit einer solchen Kompletirung des Stoffs ist dieselbe durch die Verhandlungsmaxime geradezu verboten. Nach diesem Grundprinzip des gemeinen Rechts hat sich bekanntlich der Richter bei seinem Urtheil nur an die Anträge und die Thatsachen zu halten, welche ihm von den Parteien vermöge ihrer eigenen freien Dispositionsbefugniß, d. i. ihres Beliebens, vorgetragen werden. Er

[18]) Dieser deklarative (dezisive) Theil des Erkenntnisses ist das einzige Wesentliche an demselben; die Dispositive (Tenor) erscheint logisch nur als imperative Form der Dezisive, deren praktisches Resultat sie zieht. Unger, Oesterr. Privatr. II. S. 640 ff. Westerburg, Archiv für prakt. R.W. N. F. Bd. IX. S. 228. ff., vgl. andererseits wieder mit meinen Ausführungen Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 140.

braucht also nicht nur nicht, sondern er darf sogar nicht einmal eine Partei zwingen oder veranlassen, ihre Behauptungen oder Anträge zu ergänzen; und nach der Eventualmaxime darf er ferner gar die Anführungen der Partei nur dann berücksichtigen, wenn sie innerhalb gewisser Zeitschranken erfolgt sind. Der Richter befindet sich also in einem solchen Fall in einem eigenthümlichen Dilemma. Auf der einen Seite steht seine Pflicht zur Urtheilsfällung, auf der anderen die intellektuelle Unmöglichkeit hierzu. Diesen Widerspruch hat nun die Praxis dadurch gelöst, daß sie den Richter die Klage „wie angebracht" abweisen läßt. Hierdurch wird nämlich einerseits dem prozessualen Erfordernisse genügt, daß der Rechtsstreit durch ein mit Rechtsmitteln anfechtbares Urtheil erledigt wird, und ebenso über die Kosten des Prozesses sachlich entschieden, indem diese dem Kläger als derjenigen Partei auferlegt werden, welche durch ihre Unklarheit die unentwirrbare Sachlage geschaffen hat. Dagegen wird andererseits in der Hauptsache selbst keinerlei Entscheidung getroffen, vielmehr eine solche wegen thatsächlicher Unmöglichkeit des logischen Urtheils abgelehnt. Die Abweisung „wie angebracht" ist also eine motivirte Urtheilsverweigerung. Sie darf eben daher nicht als Unterart der einfachen „Abweisung" aufgefaßt werden. Durch die letztere wird die begehrte Prüfung und Urtheilsfällung wirklich ausgeführt, der Anspruch des Klägers definitiv aberkannt, durch die Abweisung angebrachter Maßen lehnt aber der Richter sein Urtheil gänzlich ab, er erkennt den Klageanspruch ebenso wenig ab, als er ihn zuerkennt, und es steht also die Abweisung in angebrachter Art in der Mitte zwischen absolutorischem und kondemnatorischem Urtheil, von beiden gleich weit entfernt und in gleicher Weise grundsätzlich verschieden."

Ist diese Auffassung richtig,[18a]) so ergeben sich mit Nothwendigkeit die folgenden Sätze in Betreff der Voraussetzungen, der Anfechtbarkeit und der Wirkung eines in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses:

A. Voraussetzungen der Abweisung wie angebracht:

1) Dieselbe kann jedenfalls nicht erfolgen:

a) wenn die Klage aus dem geltend gemachten Fundamente zur materiellen Aberkennung reif, also rechtlich unbegründet, nicht

[18a]) Zustimmend Kleinschrod, Prozess. Konsumtion u. s. w. S. 189.

erwiesen oder durch eine erhebliche Einrede elidirt ist, der Richter aber glaubt, daß Kläger den Anspruch aus einem anderen, gegenwärtig gar nicht geltend gemachten Fundamente ableiten könne. Ein solcher vorsorglicher Schutz der etwaigen späteren Klage wäre zunächst durchaus überflüssig, also juristisch sinnlos. Denn die Klage aus dem anderen Fundamente ist von der gegenwärtigen Klage durchaus verschieden, sie ist eine „alia actio", durch die Abweisung der einen wird die andere in keiner Weise affizirt. Andererseits hat aber der Beklagte ein gutes Recht darauf, daß ein Anspruch, der sich als verwerflich erwiesen hat, auch definitiv aberkannt wird; es ist dieses Recht des Verklagten das nothwendige Korrelat seiner Einlassungspflicht, vermöge deren er sich gegen jeden, vielleicht noch so sehr aus der Luft gegriffenen Klageanspruch bei Meidung der Kontumazfolgen auf einen Prozeß einlassen muß;[19]) und es ist dieses Recht dem Verklagten vielfach auch ausdrücklich gesetzlich gewährleistet.[20]) „Es wäre in der That mehr als seltsam, ihm dieses Recht deshalb vorzuenthalten, weil der Kläger vielleicht in Zukunft einen anderen Klageanspruch gegen ihn erheben könne."[21])

b) Ebensowenig kann eine Abweisung in angebrachter Art erfolgen, wenn die Klage zwar thatsächlich begründet befunden, aber unerwiesen geblieben ist. Was in dem Prozesse (bestritten) nicht erwiesen wird, gilt als unwahr, resp. nicht geschehen und actore non probante absolvitur reus. Und zwar ist ganz gleichgültig, ob der versuchte Beweis ohne Resultat geblieben ist, oder ob die Partei überhaupt keinen Beweis angetreten hat. Dieser letztere Unterschied konnte höchstens für die Einleitung der Klage (nämlich wo, wie im preußischen

[19]) Auf diesen in der Literatur vielfach ganz übersehenen Gesichtspunkt weist mit Recht nachdrücklich hin Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 15 ff., 26 ff.

[20]) Vgl. z. B. für das preußische Recht: A.G.O. I. 13 § 43: „Obgleich in der Regel durch das erfolgende Urtheil der ganze Prozeß nach allen seinen Gegenständen definitive entschieden sein muß, so u. s. w." (es folgen hier nicht in Betracht kommende Besonderheiten). Vgl. auch jetzt C.P.O. § 243 (Unzulässigkeit der einseitigen Zurücknahme der Klage nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache).

[21]) Westerburg, die Abweisung u. s. w. S. 8.

Rechte, das Prinzip der Beweisverbindung und daneben gleichzeitig dasjenige der sachlichen Vorprüfung der Klage vor der Einleitung bestanden) in Betracht kommen. Vom Standpunkte des urtheilenden Richters sind die Klagebehauptungen in beiden Fällen gleichmäßig nicht erwiesen, Kläger muß daher definitiv abgewiesen werden. Im Civilprozeß gilt nur die relative Wahrheit.

Dieser Punkt ist namentlich für das preußisch-rechtliche Gebiet zu betonen, da hier wiederholt die Neigung zu Irrthümern hervorgetreten ist. Das oben aufgeführte Präjudikat des Ober-Tribunals vom 8. Juli 1869 (Striethorst Bd. 75 S. 250 ff.) ist namentlich auch deshalb so bezeichnend für die Verwirrung der Grundbegriffe, auf denen es beruht, weil es, ohne irgend welche desfallsige Prüfung, ganz selbstverständlich, nicht substanziirte und nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstützte Klagen als gleichwerthig neben einander stellt:

„Nach allen diesen Allegaten" — so heißt es dort — „mag es für das Gebiet des preußischen Prozesses als anerkannt betrachtet werden, daß ein Kläger, welcher seine Klageanträge nicht gehörig substanziirt oder das von ihm zu erbringende thema probandum nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstützt hat, nicht in der angebrachten Art, sondern definitiv zurückzuweisen ist."

Auch bei mangelndem Beweise[22]) der Aktiv- oder Passivlegitimation ist definitiv und nicht in angebrachter Art abzuweisen. Aktiv- und Passivlegitimation sind weiter Nichts als Bestandtheile des Klagegrundes; die entgegenstehende frühere Ansicht ist durch Bethmann-Hollwegs klare Untersuchungen für immer beseitigt; und selbst schon nach dem bis zum 1. Oktober v. J. geltenden preußischen Rechte durfte diese Ansicht angenommen werden, obwohl die frühere unrichtige Theorie in der A.G.O. theilweise versteinert erhalten war.[22a])

c) Endlich ist noch hervorzuheben, daß auch dann, wenn der geltend gemachte faktische Entstehungsgrund eines dinglichen Anspruchs sach- oder beweisfällig wird, in Verfolg der unter

[22]) Gruchot I. S. 44. Dagegen ist bei mangelhafter Substanziirung der Aktiv- oder Passivlegitimation die Abweisung wie angebracht geboten.

[22a]) A.G.O. I. 5 § 4 Nr. 6, § 11; I. 9 §§ 20, 21; I. 10 §§ 81a., 81b. Vgl. Verordn. vom 21. Juli 1846 § 5 lit. d.

a und b entwickelten Sätze die Klage definitiv abzuweisen ist. Unter den Romanisten ist man bekanntlich zwar darüber einig, daß eine persönliche Klage aus einem anderen Fundamente selbst eine toto capite andere ist, daher auch von der exceptio rei judicatae nicht betroffen wird. Dagegen ist ja um so streitiger unter ihnen, ob auch der angegebene faktische Entstehungsgrund des dinglichen Rechts die Identität der Klage bestimme.[23]) Diese Kontroverse ist aber für das heutige Recht ganz unpraktisch. Nach deutschem, [gemeinem,[24]) preußischem[25]) und jetzigem Reichs-[26])] Rechte werden von den Parteien nicht die Rechte, sondern die Thatsachen in jus deduzirt; eine dingliche Klage ohne „expressa caussa" ist überhaupt gar keine Klage im deutschen Sinne, sie war bisher schon a limine abzuweisen, in Zukunft muß sie jedenfalls auf Antrag des Verklagten durch das Urtheil in angebrachter Art abgewiesen werden, da in der mündlichen Verhandlung nicht erst das Klagefundament eingeführt, sondern nur verbessert werden kann.[27]) Ebendaher kann auch die Erwägung, daß dasselbe dingliche Recht (z. B. Eigenthum) doch noch aus einem anderen Erwerbsgrunde herzuleiten sei, niemals die Abweisung der Klage in angebrachter Art rechtfertigen, wenn der gegenwärtige Klagegrund definitiv hinfällig erscheint.

2) Die Abweisung in angebrachter Art muß dagegen erfolgen:

a) wenn der Klageantrag so undeutlich gestellt ist, daß er nicht ersehen läßt, was Kläger eigentlich will;

---

[23]) Vgl. die Literatur bei Vangerow Pand. Bd. I. S. 284 ff. (7. Aufl.). Es kommt hauptsächlich auf die Interpretation der l. 14 § 2 de except. rei jud. (44, 2) an. Die Puchta'sche Auslegung ist doch wohl mehr geistreich als richtig; man muß annehmen, daß auch hier eine praescriptio pro actore durch Beifügung der caussa (adjecta caussa) möglich war, wodurch die Konsumtion eingeschränkt wurde. Vgl. Kleinschrod, Prozeß. Konsumtion und Rechtskraft des Civilurtheils (1875) S. 202 ff.

[24]) Buchka, Lehre vom Einflusse des Prozesses u. s. w. II. S. 192 ff.

[25]) Förster, Theorie und Praxis I. S. 288 (3. Aufl.).

[26]) C.P.O. § 230 Nr. 2.

[27]) C.P.O. §§ 230, 235 Nr. 3, 240 Nr. 1. Die Klageschrift ist essentiell und grundlegend, nicht bloß vorbereitender Schriftsatz. Vgl. auch meinen gleichzeitig in diesen Blättern erscheinenden Aufsatz über die Klageänderung. Die abweichenden Ansichten Wach's und Petersen's (vgl. die Anzeige von E im Jahrgang 1880 der Gruchot'schen Zeitschrift S. 130) halte ich für unrichtig.

b) wenn der Klageantrag ein perplexer ist, also z. B. Anträge, die sich logisch geradezu ausschließen oder die gesetzlich nur elektiv zulässig sind (z. B. actio quanti minoris und actio redhibitoria), kumulirt;

c) wenn der Klageantrag zu allgemein gehalten ist, also z. B. nur Verurtheilung in quali beantragt, wo alsbald in quanto liquidirt werden muß;

d) wenn die Klage überhaupt gar nicht substanziirt ist. Es ist unbegreiflich, daß Förster hier definitive Abweisung eintreten lassen will. Was soll denn definitiv abzuweisen sein? Die exceptio rei judicatae würde ja meistens gar kein Objekt, wenigstens kein greifbares haben. Und andererseits: wie kann der Richter einen Anspruch aberkennen, der ihm in seiner thatsächlichen Grundlage gar nicht zur Kognition gebracht ist? Der Richter kann dem Kläger doch nur antworten: Es ist mir intellektuell unmöglich, über die Begründung Deines Anspruchs zu urtheilen, weil mir das thatsächliche Material für ein jedes Urtheil fehlt, d. h. ich muß Dich in angebrachter Art abweisen. Nach der richtigen Theorie der Abweisung angebrachter Maßen als einer Urtheilsverweigerung wegen logischer Unmöglichkeit des Urtheils ist gerade hier der frappanteste Anwendungsfall dieser Urtheilsart gegeben. Eine definitive Abweisung wäre, ernstlich gemeint und durchgeführt, nur unter dem Gesichtspunkt einer Privatstrafe für Leichtfertigkeit oder Rechtsunkenntniß zu begreifen, und für eine solche ist doch kein gesetzlicher Boden.

e) wenn die faktischen Klagebehauptungen der Art unklar sind, daß sie nicht verständlich sind oder daß wenigstens nicht erhellt, in welchem logischen Zusammenhange sie nach der Intention des Klägers zu dem Klageantrag stehen sollen;[28])

f) wenn die Klagebehauptungen durch spätere Restriktionen, Modifikationen, widersprechende Behauptungen, Zugeständnisse u. dergl. nachträglich verdunkelt oder nachträglich Anträge gestellt werden, die dem aufrecht erhaltenen Klageantrag impli-

[28]) Dieser Fall und der nachfolgende sub f., bilden so recht eigentlich das Gebiet der berüchtigten gemeinrechtlichen (prozeßhindernden) exceptio libelli obscuri. Vgl. darüber meinen gleichzeitig in diesen Blättern erscheinenden Aufsatz über die Klageänderung.

cite widersprechen oder in Widerspruch mit Klagebehauptungen treten;

g) bei unzulässiger Klageänderung.[28a])

3) Für den Fall mangelhafter (unvollständiger) Substanziirung läßt sich m. E. keine andere Regel aufstellen, als die, welche ich in der „Abweisung"[29]) wörtlich dahin gefaßt habe:

„In dem Fall, wenn die Klagebehauptungen zwar deutlich und klar sind, aber zur Erzeugung des beanspruchten Rechts nicht ausreichen, wenn also noch Behauptungen fehlen, ist zu unterscheiden:

a) Ergiebt der Zusammenhang, daß jene Thatumstände, welche in der Klage nicht erwähnt sind, auch nicht stattgehabt haben, oder noch präziser: daß sie nach der Intention des Klägers nicht als stattgehabt gelten sollen: — so muß, da ja dann das Material vollständig und klar vorliegt, die Klage definitiv abgewiesen werden.

b) Steht dagegen diese Negative nicht fest, sondern liegt die Möglichkeit vor, daß Kläger die Anführung dieser Umstände bloß aus Versehen oder Rechtsirrthum unterlassen hat, so ist die Klage nur in angebrachter Art abzuweisen."

In der richtigen Anwendung dieser Regel, der richtigen Unterscheidung zwischen dem ersten und dem zweiten Fall muß sich der praktische und feinfühlende Chic des Richters bewähren; die Regel selbst läßt sich nicht mehr spezialisiren.

B. Anfechtung des in angebrachter Art abweisenden Urtheils.

Das gedachte Urtheil ist formell ein vollständiges, reguläres Endurtheil. Es unterliegt daher ganz denselben Rechtsmitteln, wie jedes andere Urtheil.

Namentlich kann auch der Verklagte dagegen ein Rechtsmittel einlegen. Von dem Gesichtspunkte aus, der die Abweisung in angebrachter Art nur als eine Spielart der Abweisung schlechtweg auffaßt, könnte, — von dem Standpunkt derjenigen Meinung aus, welche die Abweisung angebrachter Maßen expressis verbis oder wenigstens der Sache nach mit der puren Abweisung identifizirt,

---

[28a]) Vgl. unten die Abhandlung über die Klageänderung.

[29]) S. 8.

müßte die Berechtigung des Verklagten zur Beschwerde bestritten werden. Wer mit uns in der Abweisung angebrachter Maßen ein seinem Inhalt nach von der aberkennenden puren „Abweisung" toto capite verschiedenes, eine Entscheidung in der Sache überhaupt ablehnendes, Urtheil sieht, kann dem Verklagten, dessen Antrag auf Abweisung der Klage schlechtweg durch die Abweisung angebrachter Maßen abgelehnt ist, das Recht zur Beschwerde im Wege des Rechtsmittels nicht weigern.

Ebenso muß, wer unsere Grundanschauung theilt, es für eine unzulässige reformatio in pejus halten, wenn auf die Appellation des Klägers der zweite Richter die in erster Instanz in angebrachter Art abgewiesene Klage definitiv abweisen wollte. Weiter auf das theilweise noch sehr der Revision bedürftige Detail dieser Lehre einzugehen, verbietet der dieser Abhandlung gestattete Raum.

C. Wirkung eines in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses, insbesondere absoluter Ausschluß der exceptio rei judicatae.

Ich zitire hier wörtlich folgende Erörterung aus meiner „Abweisung."[29a])

„In formaler Hinsicht beendigt die Abweisung angebrachter Maßen die Prozeßinstanz durch ein mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbares, der Rechtskraft fähiges Erkenntniß. Auch wird ferner durch sie über die Kosten des Prozesses in definitiver (sachlicher) Weise entschieden. Dagegen liegt über den eigentlichen Rechtsstreit selbst nur scheinbar ein Urtheil vor, während materiell der Streit noch ganz unentschieden ist, indem ja im Gegentheil der eigentliche Sinn der Abweisung „wie angebracht" gerade dahin geht, daß der Richter in der Sache nicht entscheidet, sondern seine Entscheidung wegen mangelnder Substanziirung der Klage ablehnt. Es wäre daher geradezu eine Umkehrung der Begriffe, wenn man aus der formellen Natur des in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses oder gar aus dem Worte „abweisen" darauf schließen wollte, daß der Rechtsstreit entschieden sei, während doch in Wahrheit durch das fragliche Erkenntniß gerade ausdrücklich ausgesprochen ist,

---

[29a]) Westerburg, die Abweisung in angebrachter Art S. 9 ff. Vgl. auch ebendaselbst S. 13 ff.

daß der Prozeß unentschieden ist und sein soll. Hieraus folgt von selbst, daß von einer exceptio rei judicatae auf Grund eines die Klage oder Widerklage in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses nicht die Rede sein kann und zwar einfach deshalb nicht, weil eben die res noch nicht judicata, der Anspruch[29b]) noch nicht abgeurtheilt ist. In der That würde auch die entgegengesetzte Annahme zu den sonderbarsten Konsequenzen führen. Wollte man nämlich behaupten, daß die zweite Klage definitiv abgewiesen werden müsse, weil die erste wie angebracht abgewiesen sei, so braucht man eigentlich diese zwei Sätze nur auszusprechen, um das Unhaltbare der Schlußfolgerung zu erkennen. Denn es wäre damit offenbar gesagt, daß die Wirkung und — da das Wesen hier lediglich in der Wirkung beruht — daß das Wesen der Abweisung in angebrachter Art ganz gleich sei dem Wesen und der Wirkung der puren Abweisung, mit andern Worten also: daß die Abweisung in der angebrachten Art und die pure Abweisung dem Wesen nach identisch seien. Hierdurch gäbe man also in der Folgerung die eigene Prämisse auf, welche ja eben in der Annahme der Existenz einer besonderen Abweisung angebrachter Maßen bestand. Noch deutlicher wird übrigens die Ungereimtheit, wenn man die juristisch-technischen Ausdrücke ins Gemeinverständliche übersetzt. Denn hier müßte der Richter offenbar zum Kläger sagen: „Weil mir das erste Mal eine Prüfung Deines Anspruchs wegen mangelhafter Substanziirung desselben unmöglich war, deshalb entscheide ich das zweite Mal unbesehen dahin, daß Dein Anspruch unrechtmäßig ist, und erkenne ihn daher ab.“ Wollte man aber annehmen, die zweite Klage müsse ebenfalls wieder in angebrachter Art abgewiesen werden, so wäre dies womöglich noch denkwidriger, denn der Richter würde durch ein solches Urtheil dem Kläger folgende Antwort geben: „Weil Dein früherer Klageantrag unklar und unverständlich war, deshalb erkläre ich auch Deine jetzige Klage, mag sie auch noch so klar und vollständig, ja ein

---

[29b]) Daß res in den römischen Quellen soviel wie Rechtsanspruch bedeutet, ist durch die Untersuchungen von Bekker in seiner Prozeßkonsumtion und von Dernburg in seiner Kritik des Bekker'schen Buches (Heidelb. Krit. Zeitschr. II. S. 339) m. E. zweifellos erwiesen. Vgl. Westerburg im Archiv für prakt. R.W. N. F. IX. S. 338 ff., 345 ff., 382 ff. und gegen die theilweise (bezüglich der res in judic. deductae) abweichende Ansicht von Kleinschrod l. c. S. 55, Westerburg in der Anzeige dieses Buches bei Gruchot Bd. 19 S. 621.

wahres Muster einer Klage sein, unbesehen wieder als unklar und unvollständig!" . . . . Endlich ist auch noch ein praktischer Gesichtspunkt hervorzuheben, welcher ebenfalls sehr ins Gewicht fällt. Würde nämlich die Abweisung in angebrachter Art die exceptio rei judicatae begründen, so läge darin eine kolossale Härte für den Kläger. Derselbe würde in Folge der mangelhaften Substanziirung seines Anspruchs desselben für immer verlustig gehen, und es wäre also in Wahrheit eine Privatstrafe in das moderne Recht eingeführt, wie man sie sich kaum rigoröser denken könnte. Denn diese Strafe stände nicht auf irgend welchem dolus, sondern sie gälte der bloßen Nachlässigkeit oder Unkenntniß und sogar nicht einmal der eigenen, sondern viel häufiger derjenigen des Anwalts, für dessen Versehen der rechtsunkundige Klient unschuldiger Weise leiden müßte. Eine derartige Einrichtung hätte man wohl im alten rigorösen Formalrechte der Römer begreifen können; sie hat aber keine Stelle in unserer heutigen Rechtsanschauung, welche mit Hülfe der Prozeßformen das materielle Recht rasch und sicher entwickelt, nicht aber erdrückt haben will.

Theorie und Praxis des gemeinen Rechts verwerfen denn auch ziemlich einstimmig die Annahme einer exceptio rei judicatae auf Grund eines bloß „wie angebracht" abweisenden Erkenntnisses und nur die eine Ausnahme wollen Viele gemacht wissen, daß die Einrede der entschiedenen Sache der neuen Klage dann entgegen stehen müsse, wenn sie an demselben Mangel wie die frühere leide.[30]) Aber auch diese Ausnahme ist zu verwerfen. Es ist daran festzuhalten, daß die Abweisung in angebrachter Art nicht materiell entscheidet und daher auch die Einrede, daß entschieden sei, ihrer Natur nach gar nicht erzeugen kann. Allerdings wird der Richter die zweite Klage, wenn sie an demselben Fehler leidet, wieder in angebrachter Art abweisen. Er thut dies aber nicht deshalb, weil die frühere, jetzt gar nicht mehr in Frage stehende Klage mangelhaft substanziirt war, sondern weil es die jetzige ist; er lehnt sein Urtheil nicht deshalb ab, weil ihm das frühere Urtheil unmöglich war, sondern weil ihm das jetzt begehrte unmöglich ist. Er weist also in angebrachter Art ab, nicht auf Grund einer exceptio rei judicatae, sondern nach erneuter sachlicher Prüfung. Bei dieser letzteren ist er aber ganz

[30]) Vgl. oben Note 17.

frei und durch das erste Urtheil nicht gebunden, weil von dem Urtheil nur die Dezisive, welche hier fehlt, nicht aber die Entscheidungsgründe, auch nicht die objektiven, rechtskräftig werden.[31])

Der Einwand, daß bei der von uns vertretenen Ansicht ein chikanöser Kläger dieselbe Klage ins Unendliche wiederholen könne, ist nicht zu berücksichtigen, denn der Kläger kann dies auch ebensowohl bei der entgegengesetzten Theorie. Seine Strafe ist eben die, daß er die Kosten bezahlt, und diese Strafe wird ihn ebenso empfindlich treffen, wenn die wiederholte Abweisung auf abermaliger sachlicher Prüfung, als wenn sie auf der exceptio rei judicatae beruht."[31a])

§ 4.

Es ist hier nicht der Ort, eine Geschichte der Abweisung angebrachter Maßen zu schreiben. Dies muß einer späteren, auf reiches urkundliches Material zu stützenden Monographie vorbehalten bleiben. Vielmehr sollen hier nur mit wenigen Strichen die Bausteine skizzirt werden, auf denen die historische Entwicklung des Instituts beruht.

---

[31]) Bekanntlich besteht allerdings über diese Frage für das bisherige Recht ein wohl nie zu Ende kommender Streit, der sich an die Streitfrage über die von Keller sogenannten zwei Funktionen der exceptio rei judicatae anknüpft. Vgl. über die Dogmengeschichte und den Stand der Lehre: Westerburg, Archiv für prakt. R.W. N.F. Bd. IX. und X. (1873, 1874), ferner namentlich Kleinschrod, l. c. (zweites Kapitel); Windscheid, Pand. §§ 130, 131. Für das preußische Recht war, trotz der Neigung namhafter Theoretiker (z. B. Förster) zu der Savigny'schen Theorie von der Rechtskraft der objektiven Entscheidungsgründe, im § 38 A.G.O. I. 13 („bloße Entscheidungsgründe sollen niemals die Kraft eines Urtheils haben") ein so festes Bollwerk für die richtige Ansicht gegeben, daß die Praxis meistens unerschüttert blieb. Nur war die Antithese: daß nicht die Gründe, sondern nur der Tenor des Erkenntnisses rechtskräftig werde, freilich eine ebenso schiefe als äußerliche. Eine Rechtsgleichheit im Sinne der m. E. allein richtigen Theorie ist nunmehr durch § 293 C.P.O. erreicht. Vgl. darüber unten in § 6 dieser Abhandlung.

[31a]) Es würde sich allerdings sehr empfohlen haben, dem Verklagten in diesem Falle bis zur Erstattung der Kosten des Vorprozesses eine prozeßhindernde Einrede zu gewähren, wie dies in § 247 Nr. 5 C.P.O. für den analogen Fall der Zurücknahme der früheren Klage (§ 243 Abs. 4) wirklich geschehen ist. Eine nicht zu ängstliche Rechtsprechung wird indessen, zumal bei der weiten Fassung von § 247 Nr. 5, unter diese Bestimmung auch die frühere Abweisung in angebrachter Art subsumiren.

Im klassischen römischen Recht zerfiel bekanntlich der Civilprozeß in zwei durchaus getrennte Stadien, das Verfahren in jure und dasjenige in judicio. Das erstere, vor dem Prätor, hatte sein Ziel und seinen Abschluß in der editio formulae, welche dem Prozeß durch schriftliche Fixirung der gegenseitigen Streitpunkte (actio, exceptiones, replicationes, praescriptiones etc.) seine rechtliche Grundlage gab. Mit dieser war lis contestata und ebendamit nach dem Grundsatze „ne bis de eadem re" die actio „konsumirt", indem ihr nunmehr, einerlei, welches fernere Schicksal der Prozeß vor dem judex hatte und ob dieser den Verklagten verurtheilte oder absolvirte, die exceptio rei in jud. deductae entgegenstand. Die exceptio rei judicatae war eigentlich nur eine Anwendungsform dieser exceptio rei in jud. deductae, materiell von ihr nicht verschieden.[32]) Die Konsequenz war, daß die Klage, falls sie einmal bis zur litiscontestatio gebracht war, konsumirt war, mithin nicht mehr von Neuem angebracht werden konnte, so daß also z. B. auch wegen plus petitio oder wegen sachdilatorischer Einreden der Anspruch für immer verloren ging; es stand ihm, wenn ein Urtheil ergangen, die exceptio rei judicatae, wenn der Prozeß liegen geblieben war, die exceptio rei in judicium deductae entgegen. Wie diese Wirkung näher civilistisch zu konstruiren, ob mit Hülfe des privatrechtlichen Mediums der Novation der ursprünglichen Klageforderung oder unmittelbar aus dem Satze „ne bis de eadem re sit actio" im Sinn eines staatsrechtlichen Verbotes des doppelten Prozessirens über denselben Gegenstand, war früher bekanntlich sehr streitig; die Novationstheorie darf aber gegenwärtig wohl allgemein als überwunden gelten.[33]) Auch auf die andere große Kontroverse, ob sich im klassischen Recht neben dieser, lediglich das Dasein des früheren Urtheils geltend machenden, mit der exceptio rei in judic. deductae homogenen exceptio rei judicatae in ihrer sog. negativen Funktion noch eine zweite positive Funktion derselben exceptio rei judicatae auf Geltendmachung des Inhalts des Urtheils entwickelt habe und ob die erstere und ursprüngliche negative Funktion im neueren justinianischen und heutigen Rechte von der positiven Funktion ganz verdrängt,

[32]) Westerburg, Arch. für prakt. R.W. N.F. IX. S. 337 ff.

[33]) Bekker hat sie gestürzt (Prozeßkonsumtion S. 9 ff.). Vgl. ferner Windscheid, actio S. 83 ff., Brinz, Pand. § 45, Westerburg, l. c. IX. S. 284 ff. und besonders S. 340–345, Kleinschrod, l. c. S. 14–19.

also die letztere noch allein übrig sei, soll hier nicht näher eingegangen werden.[34]) Jedenfalls darf, wenn man auch diese ganze sog. positive Funktion der exceptio rei judicatae verwirft und auch für das justinianeische, wie heutige gemeine Recht nur die richtig verstandene und richtig begrenzte „negative" Funktion aus dem Satze ne bis de eadem re anerkennt, doch an folgenden zwei Punkten nicht gezweifelt werden:

1) Die exceptio rei in judicium deductae ist beseitigt. Nur das wirkliche Urtheil konsumirt den Klageanspruch, während die bloße Anhängigmachung des Anspruchs lediglich die prozeßdilatorische Einrede der Prozeßhängigkeit für die Dauer der letzteren erzeugt.[35])
2) Nur das materiell entscheidende, den Anspruch sachlich prüfende und an- oder aberkennende Urtheil begründet die exceptio rei judicatae.[36]) In dieser Richtung hatte bereits Zeno die Folgen der plus petitio beseitigt; die definitive Konsumtion in Folge sachdilatorischer Einreden ist durch Justinian in § 10 J. IV. 13 ausdrücklich aufgehoben. Die l. 28. C. de fidejuss. gehört gleichfalls hierher. Wenn also ein Urtheil den Anspruch nicht aberkennt, sondern die Entscheidung darüber ablehnt, kann es keine exceptio rei judicatae erzeugen; es gilt dies von einem Urtheil, das einen Kompensations- oder Rekonventionsanspruch ad separatum verweist, von einem Urtheil, das wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs oder örtlicher Inkompetenz die Klage zurückweist, endlich auch von allen in der angebrachten Art abweisenden Erkenntnissen.

Mit dieser für die dogmatischen Resultate ausreichenden Betrachtung ist jedoch die historische Untersuchung keineswegs erschöpft.

Das römische Recht war ebensosehr von der Verhandlungs-

---

[34]) Gegen die Annahme einer positiven Funktion der exceptio rei judicatae ausführlich Westerburg l. c. S. 374 ff. Hiergegen wieder Kleinschrod l. c. besonders S. 221—232, 233 ff., Windscheid, Pand. §§ 130, 131.

[35]) Vgl. besonders Wächter, Erläuterungen aus dem römischen, deutschen, und württembergischen Privatrecht III. S. 52, Westerburg l. c. X. S. 32 und nunmehr C.P.O. § 235 Nr. 1, § 247 Nr. 3.

[36]) Westerburg l. c. S. 30 ff., Kleinschrod l. c., Förster, Theorie und Praxis I. S. 271. Für das heutige Recht C.P.O. § 293: „Urtheile sind der Rechtskraft nur in soweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist".

maxime beherrscht wie das deutsche,[37]) und es mußten daher auch dort schon von Haus aus dieselben Motive wirksam werden, auf denen heutzutage die Abweisung angebrachter Maßen beruht. In der That ist denn auch bereits nachgewiesen, daß schon das klassische römische Recht, freilich in durchaus anderer Erscheinungsform, die Idee der Abweisung in angebrachter Art verwirklicht hat.

Oskar Bülow in seinem vortrefflichen Buche über die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen hat gezeigt, daß die denegatio actionis durch den Prätor materiell unserer Abweisung „wie angebracht" entsprach.

Er fragt und antwortet S. 274:

„Und haben etwa die Römer eine solche Abweisung angebrachter Maßen noch nicht gekannt? Ist dies wichtige Institut erst eine Erfindung der Neuzeit? Keineswegs. Jenes Institut hat, so wenig man darauf geachtet hat, von jeher im röm. Recht bestanden und dort schon die ausgedehnteste Anwendung gefunden, nur unter einem anderen Namen, nämlich als denegatio actionis. In dieser so oft erwähnten Klageabweisung a limine judicii, in dieser Weigerung des Magistratus, es in der vom Kläger beabsichtigten Weise zum Prozeß und Urtheil kommen zu lassen, besaßen die Römer das Mittel, um die Klage wegen der prozessualischen Mängel, ohne der Sachentscheidung irgend vorzugreifen, zurückweisen zu können."

In diesen Fällen wurde also gar keine actio und formula gegeben, gar kein judex bestellt, ein judicium kam überhaupt nicht zu Stande und ebendaher keine litis contestatio; schon eine exceptio rei in judicium deductae war daher ganz unmöglich, selbstverständlich noch weniger eine exceptio rei judicatae.

Es ist interessant zu sehen, wie der plastische Karakter des römischen Rechts auch hier hervortritt. Was wir heute erst auf dem Wege der logischen Untersuchung feststellen müssen, — nämlich, daß die Abweisung angebrachter Art gar kein materielles Urtheil enthält, sondern ein solches ablehnt — das trat im klassischen röm. Recht in der anschaulichsten Weise dadurch zu Tage, daß überhaupt auch äußerlich gar kein judicium stattfand.

Es ist klar, wie von diesem Gesichtspunkte aus ganz von selbst

---

[37]) Westerburg l. c. IX. S. 253 ff. (l. 18 D. comm. divid. (Javolenus): quod ultra id, quod in judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest).

die Voraussetzungen der Abweisung angebrachter Maßen mit den sog. Prozeßeinreden in eine Linie treten. Der glänzend erreichte Zweck des zitirten Bülow'schen Buches ist bekanntlich der Nachweis, daß der ganze Begriff der sog. Prozeßeinreden ein historisch und dogmatisch gleich verwerflicher sei, daß da, wo man von Prozeßeinreden spricht, durchweg nur mangelnde Prozeßvoraussetzungen in Frage stehen, deren Fehlen das Zustandekommen des judicium überhaupt hindert. So konnte z. B. auch die Abweisung der Klage wegen Inkompetenz schon im klassischen röm. Rechte niemals eine Konsumtion des Klagerechts zur Folge haben, weil die Erörterung und Entscheidung über die praescriptio fori gar nicht in judicio sondern in jure, vor dem Prätor stattfanden, also in dem gedachten Fall weder eine litis contestatio noch eine res in judicium deducta vorlag.[38])

Für den Forscher giebt es keinen besseren Lohn, als wenn er seine selbständigen Untersuchungen von einem Anderen bestätigt findet, der auf ganz verschiedenem Wege zu demselben Ergebnisse gelangt ist. Das Bülow'sche, 1868 erschienene Buch war mir, als ich 1874 in dem abgelegenen Sauerlande meine Schrift über die Abweisung in der angebrachten Art schrieb, noch ganz unbekannt. Der geneigte Leser vergleiche nun mit meiner oben mitgetheilten, vorwiegend aus dogmatischen Erwägungen hergeleiteten Theorie über das fragliche Institut die nachfolgenden Aperçüs Bülow's, die auf historischem Wege gewonnen sind:

Nachdem Bülow ausführlich dargethan, daß auch nach § 10 J. de except. auf Grund sachdilatorischer Einreden keineswegs eine absolutio ab instantia, sondern eine wirkliche Sachentscheidung stattfinden soll und muß, und daß die Neuerung Justinians nur darin bestand, daß die Wirkung der auf Grund einer dilatoria exceptio ergehenden Sachentscheidung auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll, fährt er fort (S. 281 ff.):

„Der im Vorstehenden widerlegte Irrthum hat sehr bedeutsame Folgen nach sich gezogen. Jene vermeintlich in § 10 J. de except. enthaltene relax. ab obs. jud. oder absolutio ab instantia ist nämlich von jeher als der Ursprung unserer Abweisung angebrachter Maßen betrachtet worden. Dadurch ist diese für unser Civilprozeßrecht äußerst

---

[38]) Bülow l. c. S. 86—111, bes. S. 108 Not. 54.

wichtige Lehre von vornherein in eine so schiefe Stellung gerathen, daß sie völlig verkümmert und verkrüppelt bleiben mußte. Sie hat durchweg das Schicksal der ihr nahe verwandten Lehre von den Prozeßvoraussetzungen getheilt und wird auch erst im Zusammenhange mit dieser, nach der gänzlichen Beseitigung der Prozeßeinredentheorie, einer radikalen Revision unterworfen und zu einer folgerechten Entwicklung gebracht werden können. Für jetzt mögen folgende kurze Andeutungen genügen. Die Abweisung angebrachter Maßen ist nicht an die relax. ab obs. jud. oder abs. ab instant., sondern an die denegatio actionis anzuknüpfen. Gleich dieser ist sie dasjenige Dekret, durch welches das Gericht wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung die Unstatthaftigkeit des Prozesses in der Weise, wie er angestellt ist, ausspricht und die Sachentscheidung ablehnt. Zu den (sach-) dilatorischen Einreden steht sie in keinerlei Beziehung. Auf Grund derselben wird der Prozeß nicht für unstatthaft erklärt, sondern es ergeht eine wahre und wirksame Sachentscheidung (absolutio ab actione), die nur das Besondere hat, daß die Wirksamkeit „auf Zeit" beschränkt ist. Zwischen dieser sachlichen Abweisung des Klageanspruchs auf Zeit und der Abweisung der Klage angebrachter Maßen, wie sie auf Grund eines Prozeßmangels erfolgt, findet nur die rein äußerliche und zufällige Aehnlichkeit statt, daß in beiden Fällen dem Kläger die Möglichkeit, noch einmal von Neuem zu klagen, offen bleibt. In allen übrigen, inneren Beziehungen sind sie verschieden. Dort entsteht wirkliche res judicata, wenn auch nur auf Zeit. Daraus folgt, daß, selbst wenn die Abweisung eine ungerechte war, der Kläger doch nicht sofort wieder klagen darf, sondern so lange die Frist noch läuft, durch die exceptio rei judicatae zurückgewiesen wird. Hier dagegen kommt überhaupt keine res judicata zu Stande, der Richter befaßt sich wegen Mangels der Prozeßvoraussetzung gar nicht mit dem Prozeß. Der Kläger darf daher sofort wieder mit einer neuen Klage de eadem re vorgehen und sogar, wenn der neuen Klage wieder derselbe prozessuale Mangel wie der früheren anhaftet, würde ihr keine exceptio rei judicatae hindernd entgegentreten: der Richter ist an sein früheres Dekret nicht gebunden, er kann jetzt, wenn seine rechtliche Beurtheilung inzwischen eine andere geworden ist, oder ihm andere thatsächliche Momente, die für die Zulässigkeit des Prozesses in der angebrachten Art sprechen, vorgelegt werden, den Prozeß unbedenklich für statthaft zu erklären. Aber nicht bloß be-

züglich der materiellen Rechtskraft gehen jene beiden, von allen Prozessualisten mit einander völlig verwechselten und gründlich durcheinander gewirrten Institute auseinander. Es leuchtet ein, daß sie auch hinsichtlich der sogenannten formellen Rechtskraft, hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde u. s. w. einer sehr verschiedenen Beurtheilung unterliegen müssen: Differenzen, deren nähere Bearbeitung einer besonderen Bearbeitung dieser ganzen verwahrlosten Lehre vorzubehalten ist."

Indessen muß die Ansicht Bülows, daß die Abweisung angebrachter Maßen auch schon im klassischen Recht ganz in der denegatio actionis enthalten gewesen, sehr wesentlichen Einschränkungen unterworfen werden. In vielen Fällen trifft sie zu, in vielen anderen mußte aber bei den Römern eine definitive Abweisung stattfinden, wo heute die Klage nur in der angebrachten Art abzuweisen ist. Dieser Unterschied ist durch die Verschiedenheit gesetzt, welche zwischen dem römischen und deutschen Prozeßrecht bezüglich des Prinzips der Substanziirung besteht.

Man kann, wenn man die Worte nicht zu sehr preßt, diesen überaus wichtigen, in der Literatur sehr vernachlässigten fundamentalen Unterschied dahin formuliren, daß im römischen Recht im Wesentlichen die jura, im deutschen Recht im Wesentlichen die facta in jus deduzirt werden. Eine eigentliche Substanziirung des Klageanspruchs im heutigen Sinn fand also regelmäßig in jure nicht statt, sondern nur eine vorläufige Prüfung der Rechts- und Prozeßpunkte; die speziellere Substanziirung fiel mit dem Beweisverfahren in judicio zusammen, und eine Niederlage in der ersteren hatte dieselbe Folge, wie die Beweisfälligkeit, nämlich das cadere caussa und die (definitive) Konsumtion des Rechtsanspruchs.[39]) Man wird daher sagen können, daß da, wo heute eine Klage wegen mangelhafter Substanziirung (im engeren Sinn) in angebrachter Art abzuweisen ist, im römischen Recht meistens eine definitive Abweisung stattfand, weil und insoweit jener Mangel nicht bereits bei der Erörterung in jure hervortrat und also auch nicht zur denegatio actionis führen konnte.

---

[39]) Ein bemerkenswerthes Beispiel ist bereits weiter oben hervorgehoben worden; die dinglichen Klagen konnten jedenfalls, ja sie mußten nach der Ansicht Mehrerer ohne expressa caussa in jus deduzirt werden. War dies geschehen, so wurde dadurch der ganze dingliche Rechtsanspruch, nicht bloß der nachher in judicio erörterte und unter Beweis gestellte Entstehungsgrund konsumirt.

Ueber dieses „insoweit" herrscht freilich noch wenig Klarheit. Daß eine Erörterung des thatsächlichen Materials (auch bei actiones mit form. in jus concepta) in jure nicht ausgeschlossen war, ist allerdings zweifellos; ebenso sicher aber auch, daß der Schwerpunkt der thatsächlichen Substanziirung erst in das judicium fiel. Ueber das Einzelne verweise ich diejenigen, welche sich näher für diese historische Frage interessiren, auf die Ausführungen Kleinschrod's,[40]) wo auch die Literatur dieser erst in neuester Zeit eingehender untersuchten Materie ausführlich mitgetheilt ist.

Auch bezüglich des Klageantrags tritt eine wesentliche Verschiedenheit zwischen römischem und deutschem Recht hervor. So unbedingt auch im ersteren die Verhandlungsmaxime und mit ihr das Verbot, ultra petitum zu erkennen, regierten, so zweifellos brauchte doch das petitum bei allen Klagen mit einer incerta intentio u. s. w. in jure nur in allgemeinen Umrissen gestellt zu werden (quidquid ob eam rem NN. AA. ex bona fide dare facere oportet, quanti ea res sit etc.[41])

Endlich ist ein bereits von Bülow[42]) gestreifter, sehr wichtiger Gesichtspunkt für die historische Entwicklung der Abweisung angebrachter Maßen, neben der Verschmelzung von jus und judicium, das gemeinrechtliche Institut der eventuellen Litiskontestation. Hiernach konnte jetzt die Abweisung angebrachter Maßen auch noch nach der Litiskontestation nachgeholt werden, obgleich materiell die Abweisung in angebrachter Art immer eine Abweisung a limine ist. Es mag hier gleich daran erinnert werden, wie die neueste Entwicklung noch weiter gegangen ist. Das jetzige Recht der C.P.O. kennt eine Abweisung a limine per decretum überhaupt nicht mehr, weil ihm jede Vorprüfung der Klage fremd ist.[43]) Mithin muß sogar die Abweisung in angebrachter Art jetzt immer durch Urtheil erfolgen, sie setzt, abgesehen vom Falle des Versäumnißurtheils (C.P.O. § 296), immer eine kontradiktorische und, — wenn nicht ausnahmsweise eine prozeßhindernde Einrede (C.P.O. § 247) vorliegt,[44]) — sogar eine,

[40]) l. c. S. 81—115.

[41]) Westerburg l. c. IX. S. 255 ff. und S. 345—355.

[42]) Bülow a. a. O. S. 281 Not. 36.

[43]) Vgl. die Glossen des Verfassers zur C.P.O. bei Gruchot Bd. 21 S. 595 ff

[44]) Ueber den besonderen Fall des Protestes gegen die Klageänderung vgl. den Aufsatz des Verfassers in diesem Hefte.

selbstverständlich eventuelle, Verhandlung zur Hauptsache voraus. Ein plastischer Unterschied zwischen dem pure und dem in angebrachter Art abweisenden Urtheil fehlt also heute gänzlich; um so mehr müssen die innere logische und die historische Verschiedenheit beider Erkenntnißarten hervorgehoben werden.

§ 5.

Wie sich nun historisch aus den oben bloßgelegten Wurzeln das Institut der Abweisung angebrachter Maßen gemeinrechtlich entwickelt hat, soll hier nicht näher dargestellt werden. Das Ergebniß ist jedenfalls zweifellos: die Abweisung in angebrachter Art ist gemeines, unbestrittenes Gewohnheitsrecht.

Dagegen muß noch ein Blick auf die eigenthümliche Entwicklung des preußischen Rechtes geworfen werden.[45])

Die Allgemeine Gerichts-Ordnung hatte bekanntlich mit der Verhandlungs- und Eventualmaxime vollständig gebrochen und an deren Stelle die Inquisitionsmaxime in den Civilprozeß eingeführt. Der Richter sollte von Amtswegen dafür sorgen, daß alle Umstände und Thatsachen, welche zur Begründung der Klage oder einer Einrede gehören, in genügender Weise dargestellt und aufgeklärt werden und sollte hierzu die Parteien ex officio mit aller Sorgfalt und unermüdet anhalten.[46]) Er war demgemäß auch durch keine Eventualmaxime gebunden, sondern konnte zu jeder Zeit bis zum Ausgang des Prozesses neue Behauptungen berücksichtigen.[47]) Ebenso durften auch die Parteien noch zu jeder Zeit ihre Anträge ändern, und nur die eine Schranke war in allen diesen Richtungen gesetzt, daß verboten war, nachträglich ein ganz neues Klagefundament in den Prozeß einzuführen.[48])

Aus allem dem folgt von selbst, daß für eine Abweisung angebrachter Maßen — welche ja lediglich auf der Verhandlungs- und daneben noch der Eventualmaxime beruht — in dem System der Allgemeinen Gerichts-Ordnung kein Raum war; denn der Richter mußte hiernach etwaige Lücken und Unklarheiten in den thatsächlichen Anführungen und Anträgen der Parteien von Amtswegen ausfüllen

---

[45]) Ich wiederhole im Folgenden im Wesentlichen meine Ausführungen in meiner „Abweisung" S. 11 ff.

[46]) A.G.O. I. 10 § 2.

[47]) A.G.O. I. 10 § 3.

[48]) A.G.O. I. 10 § 5a.

oder aufklären und durfte erst dann, wenn dies geschehen, sein Urtheil abgeben.

Dementsprechend wird denn auch in der Allg. Gerichts-Ordnung eine Abweisung angebrachter Maßen gar nicht erwähnt; vielmehr heißt es im § 43 I. 13 derselben ausdrücklich, daß mit Ausnahme besonderer, hier nicht in Betracht kommender Fälle jeder Prozeß durch das Urtheil definitive entschieden werden soll.

Wenn es deshalb auch nicht von Suarez[49]) ausdrücklich bestätigt wäre, so würde dennoch nicht wohl ein Zweifel daran bestehen können, daß die Allg. Gerichts-Ordnung das Institut der Abweisung in angebrachter Art bewußter Maßen reprobirt hat.[50])

Indessen bewährte sich auch hier die alte Erfahrung, daß man das Recht nicht willkürlich durch Gesetze fabriziren kann, sondern daß es aus Nationalität, Kultur und Wirthschaft des Volks herauswächst und in den Gesetzen nur den zeitweiligen adäquaten Ausdruck zu finden hat. Die Inquisitionsmaxime paßte eben entschieden nicht zu dem Kultur- und Rechtsstande auch schon der damaligen Zeit und steht überhaupt mit der ganzen Natur unseres auf individueller Willensfreiheit basirten Privatrechts in so schreiendem Widerspruch, daß sie zwar auf dem Papier eingeführt, nicht aber in Wirklichkeit durchgeführt werden konnte. Die innere Vernunft der Dinge setzte sich durch die Praxis, d. i. das Gewohnheitsrecht, in Wirklichkeit um. Demgemäß wird denn von autoritativer[51]) Seite bestätigt, daß die Abweisung angebrachter Maßen, trotz der Allg. Gerichts-Ordnung, nach wie vor thatsächlich zu Recht bestand, und es hatte allerdings die Allg. Gerichts-Ordnung insofern eine Hinterthür für sie offen gelassen, als nach ihr der Richter wenigstens nach geschehener vollständiger Instruktion der Sache nicht mehr verpflichtet war, auf neue Thatsachen und Umstände Rücksicht zu nehmen.[52])

[49]) Vgl. Striethorst Bd. 75 S. 250.

[50]) Vgl. auch Arndts, Jurist. Wochenschrift, Jahrgang 1846 S. 226: „der allgemeinen Gerichtsordnung ist eine Abweisung angebrachter Maßen fremd. Und nach ihrer Grundlage konnte sie auch in dem ganzen Bau des von ihr beabsichtigten Verfahrens entbehrt werden; eine gehörige Vollziehung ihrer Vorschriften mußte den Fall, daß sie als ein wirkliches Bedürfniß herantrete, geradhin ausschließen".

[51]) Vom Ober-Tribunal in der schon öfters zitirten Entscheidung bei Striethorst Bd. 75 S. 250.

[52]) A.G.O. I. 10 § 3.

Durch die Prozeßgesetze von 1833 und 1846 über den sogenannten summarischen — d. h. den bisherigen ordentlichen preußischen — Civilprozeß gab man auch legislativ die Inquisitionsmaxime auf, indem man zu deren kontradiktorischem Gegensatz, der Verhandlungsmaxime sowie der Eventualmaxime zurückkehrte. Hiermit war aber von selbst auch die Abweisung angebrachter Maßen gesetzt; denn diese ist die nothwendige Begleiterin der Verhandlungsmaxime, die Lösung des Widerspruchs, welcher unabwendbar eintreten muß zwischen der unbedingten Urtheilspflicht des Richters einerseits und der Unmöglichkeit des logischen Urtheils bei mangelhafter Substanziirung der Klage (dies im weiteren Sinn) andererseits. „Die Abweisung angebrachter Maßen hatte also, nachdem sie lange Zeit ein zwar unentbehrliches, aber nicht gehörig legitimes Glied des preußischen Prozesses war, nunmehr nachträglich auch ihren legalen Heimathsschein, ihren gesetzlichen Boden wieder erhalten."

Selbstverständlich unterschied sich die preußische Abweisung angebrachter Maßen auch nicht im geringsten von ihrer gemeinrechtlichen Schwester. Aber schon der geschilderte Entwicklungsgang macht begreiflich, daß dieses nur halb legitime Kind hier vielfachen Anfeindungen und Mißverständnissen ausgesetzt sein mußte. Es kam hinzu, daß das preußische Recht an Bestimmungen über die res judicata äußerst arm ist,[53]) und daß diese wenigen Bestimmungen sich zudem nur auf die definitive Abweisung beziehen konnten, aber in ihrer allgemeinen Fassung Mißverständnisse geradezu herausforderten. Traten nun auch noch mißverständliche Auffassungen der römischen Konsumtionslehre hinzu,[54]) so war gar nicht anders zu erwarten, als daß die am Anfange dieses Aufsatzes (§ 2) geschilderten Irrungen in der preußischen Praxis und Theorie entstehen mußten.

§ 6.

Die C.P.O. beruht durchaus auf der Verhandlungsmaxime. Zwar ist dies Prinzip in keinem der Paragraphen der C.P.O. aus-

[53]) Sie sind zusammengestellt von Förster bei Gruchot II. S. 345. Namentlich kommen §§ 65 und 66 der Einleitung zur A.G.O. in Betracht.

[54]) Wie von Koch in der zu Note 12 zitirten Aeußerung! Dieselbe bedarf an dieser Stelle keiner Widerlegung mehr. Uebrigens ist es interessant, zu sehen, daß in ähnlichem Gedankengang Helmolt, Verhältniß der Exzepitionen zur Beweislast S. 175, sogar in Folge einer Abweisung wegen Inkompetenz eine Kon-

drücklich als solches aufgestellt, aber die Motive (S. 127) bemerken mit Recht:

„Daß der Entwurf von der Verhandlungsmaxime ausgeht, ergiebt sich aus der Struktur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen."

Wie sehr das Verfahren als Ganzes auf dem Grundsatze der Selbstthätigkeit der Parteien beruht, bedarf wohl keiner näheren Ausführung. Von den Einzelbestimmungen, die sich als Konsequenzen der Verhandlungsmaxime darstellen, tritt am meisten hervor der § 279, wonach nicht ultra petita erkannt werden darf, auch nicht auf Früchte, Zinsen und andere Nebenforderungen;[55]) es kommen aber noch eine ganze Reihe anderer Bestimmungen in Betracht, welche sich gleichfalls als Ausfluß der Verhandlungsmaxime darstellen.[56])

Daß die Verhandlungsmaxime ein Grundprinzip des neuen Civilprozesses ist, hat auch die Reichstags-Justiz-Kommission klar erkannt, indem sie in ihrem Berichte an das Plenum vom 19. Oktober 1876 sagte:

„die Kommission gab der Anerkennung der im Civilprozeß vorherrschenden Verhandlungsmaxime — — noch durch Annahme einiger Aenderungsanträge Ausdruck,"

und ebenso hat es die Wissenschaft anerkannt. Ich verweise namentlich auf die vorzügliche Ausführung von Bülow's in dieser Zeitschrift (zitirt in Note 56), ferner auf Fitting, der Reichscivilprozeß S. 72, wo als leitender Grundsatz des Verfahrens neben anderen angeführt ist:

„Die sog. Verhandlungsmaxime, d. h. der Grundsatz, daß die Gerichte bei ihren Entscheidungen an die Vorträge und Anträge der Parteien gebunden sind. An die Vorträge, d. h. sie dürfen nur diejenigen Thatsachen und Beweismittel berücksichtigen, auf welche

sumtion des Klageanspruchs eintreten lassen wollte. Derartigen Verirrungen ist durch die Bülow'schen Untersuchungen nun wohl für alle Zeiten vorgebeugt.

[55]) Nur über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen. § 279 Abs. 2.

[56]) Vgl. die Zusammenstellung v. Bülow's in seinen Glossen bei Gruchot XXII. S. 100 ff. Hervorzuheben namentlich §§ 38—40 Prorogation. Vgl. dazu Westerburg, Glossen bei Gruchot Bd. 21, S. 581 ff., §§ 295, 296 (Versäumnißurtheil nur auf Antrag), § 369 Abs. 4 (Einigung auf Sachverständige), § 415 (normirter Eid), §§ 498, 499 (Begrenzung der Berufung durch die Anträge).

sich die Parteien selbst bei der Verhandlung berufen haben. An die Anträge, d. h. sie dürfen Nichts erkennen, was nicht beantragt ist, und namentlich keiner Partei mehr zusprechen, als sie selbst beantragt hat."

Das richterliche Fragerecht des § 130 C.P.O. steht mit dieser Verhandlungsmaxime keineswegs im Widerspruch, soll sie auch nicht einschränken, sondern muß sich innerhalb der durch dieselbe gestellten Grenzen bewegen. Sehr treffend sagt von Bülow a. a. O. (S. 104):

„Eine Ueberschreitung der Grenze auf das Gebiet der Untersuchungsmaxime liegt völlig außer dem Willen des Gesetzes. Unzulässig wäre daher z. B. die Verwerthung des Fragerechts zu dem Zweck, die Parteien zur Einführung neuer Thatsachen, Beweise, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel in den Rechtsstreit zu induziren, oder die Anordnung eines Urkunden-, Augenscheins- oder Sachverständigen-Beweises zu dem Zweck, von Amtswegen Beweise über nicht vorgebrachte Thatsachen herbeizuschaffen. Ebenso groß wie das Vertrauen, welches das Gesetz dem Richter schenkt, muß die Sorge sein, es nicht zu täuschen. Die richtige Grenze wird ein verständiger Richter unschwer finden, wenn nur das Prinzip der Verhandlungsmaxime, das Dispositionsrecht der Parteien, stets lebendig in seinem Bewußtsein bleibt."

Neben dem Prinzip der Verhandlungsmaxime und im engen Zusammenhang damit steht der Grundsatz der thatsächlichen Substanziirung. Auch diese Maxime ist zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, aber sie geht aus der ganzen Anlage des Prozesses hervor und findet ihren unzweideutigen Ausdruck in einer Reihe von Bestimmungen, wie: § 230 Nr. 2, wonach die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs (Klagefundament im heutigen Sinn) enthalten muß; § 240 Nr. 1, wonach es nicht als eine Aenderung der Klage anzusehen ist, wenn die (also vorausgesetzten) thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen nur ergänzt oder berichtigt werden, und wonach also die neue Einführung eines anderen faktischen Klagegrundes eine Klageänderung ist; §§ 259, 261, 264, 266, wonach überall nur Thatsachen, die vorher behauptet, festzustellen sind;

in § 284 Nr. 3, wonach jedes Urtheil einen Thatbestand enthalten muß; § 296, wonach im Fall der Versäumniß des ganzen Termins durch den Verklagten die vom Gegner behaupteten Thatsachen als zugestanden gelten; endlich besonders in § 129, wonach jede Partei sich über die vom Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären hat.

Endlich ist auch die unbedingte Urtheilspflicht des Richters in der C.P.O. anerkannt;[57]) selbst wo Prozeßvoraussetzungen fehlen, muß der Richter durch Urtheil entscheiden (§§ 248, 249, 466); und es muß sogar der Richter jetzt auch immer durch ein formelles Urtheil befinden, da er keine Klage per decretum a limine mehr abweisen darf[58]) (vergl. § 5 in fine).

Aus der Verbindung dieser Prinzipien ergiebt sich aber, wie wir gesehen, mit zwingender Nothwendigkeit die Urtheilsgattung der Abweisung angebrachter Maßen. Sie ist die nothwendige Begleiterin der Verhandlungsmaxime, die Lösung des Widerspruchs zwischen äußerer Urtheilspflicht und innerer Urtheilsunmöglichkeit.

Mithin muß auch im Prozeß der C.P.O. die Abweisung angebrachter Maßen enthalten sein.

Allerdings ist richtig, daß die C.P.O. die Abweisung in angebrachter Art nicht ausdrücklich erwähnt. Aber daraus kann nicht auf die Verwerfung dieses Instituts geschlossen werden. Die C.P.O. erwähnt auch nicht ausdrücklich die Abweisung „zur Zeit" oder „wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs", und doch wird kein Verständiger behaupten wollen, diese Urtheilsarten seien jetzt abgeschafft, es müsse jetzt immer hier die Klage definitiv abgewiesen werden. Daß übrigens die Verfasser der C.P.O. auch keineswegs im Sinne hatten, die Abweisung angebrachter Maßen zu beseitigen, sondern sich dieselbe nach wie vor als lebendiges Recht dachten, ergiebt sich aus den Motiven, wo es S. 233 heißt:

> „der zweite Absatz des § 286 (jetzt 296) bestimmt daher mit gutem Grund, daß nur, soweit das klägerische mitgetheilte Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt, der säumige Verklagte zu verurtheilen, soweit dies nicht der Fall, die Klage (je nach Umständen definitiv, für jetzt, in angebrachter Art) abzuweisen ist."

[57]) C.P.O. § 272.
[58]) C.P.O. § 233.

Der Grund, weshalb die C.P.O. die Abweisung in angebrachter Art nicht besonders erwähnt, ergiebt sich aus unserer in §§ 2—5 gegebenen Dogmengeschichte dieses Institutes. Die ganze bisherige Doktrin hat eben die Abweisung in angebrachter Art durchaus vernachlässigt und niemals sich zu einer Analyse ihres spezifischen Wesens angeschickt. Man schleppte sie einfach als Abart der Abweisung schlechthin mit, obgleich sie von derselben toto capite verschieden ist. So versteht sich denn von selbst auch die Vernachlässigung in der C.P.O., welche ja, wie jedes Gesetz, auf dem Stande der Wissenschaft zu ihrer Zeit beruht und aus diesem ihre Erklärung finden muß.

Positiv ausgeschlossen hat die C.P.O. die Abweisung angebrachter Maßen nirgends. Wer dies aus § 296 C.P.O. Abs. 2:

> „Soweit derselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen."

nachweisen will, hat nicht nur die oben mitgetheilten Motive zu diesem Paragraphen gegen sich, sondern scheitert auch an dem Satze, daß, wer zu viel beweist, gar Nichts beweist. Denn wäre diese Auffassung des § 296 Abs. 2 richtig, so müßte z. B. auch da, wo aus dem eigenen Vorbringen des Klägers nur die Abweisung *zur Zeit* oder wegen *Inkompetenz* u. dergl. m. sich rechtfertigen würde, der Klageanspruch definitiv aberkannt werden. Dieses Resultat will aber wohl Niemand mit in den Kauf nehmen. Der § 296 Abs. 2 erklärt sich eben einfach daraus, daß hier das Wort „abweisen", wie so oft, im *weiteren* Sinn gebraucht ist, wonach es nicht nur die definitive Abweisung, sondern auch jene anderen Abweisungen, auch diejenige in angebrachter Art, unter sich begreift.

Wie wenig aus § 130 (Fragerecht) aber prinzipiell etwas folgt, ergiebt die Stellung, welche nach unseren obigen Ausführungen die *Verhandlungsmaxime* diesem Recht giebt.

Dagegen wird die Existenz der Abweisung angebrachter Maßen in der C.P.O. selbst, wenn auch nur implicite, fest gegründet durch § 293.

§ 293 der C.P.O. bestimmt nämlich in Abs. 1[59]) wörtlich:

„Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den

---

[59]) Abs. 2 bezieht sich auf die singuläre Kompensationseinrede.

durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist."

Durch diesen Satz sollte freilich in erster Linie die Savigny'sche Theorie von der Rechtskraft der sog. objektiven Entscheidungsgründe beseitigt werden, wie dies die Motive näher ergeben.[60]) Allein es wird durch diesen Satz und das in ihm ausgesprochene Prinzip doch auch weiter offenbar die materielle Rechtskraft eines Urtheils ausgeschlossen, das überhaupt über den durch die Klage oder Widerklage[61]) erhobenen Anspruch „nicht entscheidet." Ein solches Urtheil ist aber die Abweisung angebrachter Maßen; ihr Wesen besteht, wie oben dargethan, in der Ablehnung einer sachlichen Entscheidung, ihre praktische Bedeutung in der Ausschließung der exceptio rei judicatae.

Die C.P.O. hat also die Abweisung angebrachter Maßen nicht beseitigt, sondern setzt sie als nothwendiges Glied ihres Organismus voraus und bestätigt sie implicite. Hätte aber sogar auch die C.P.O. die Beseitigung wirklich beabsichtigt, so wäre dies doch ein vergebliches Bemühen gewesen. Denn so hoch auch die Autorität des Gesetzes steht, so kann es doch niemals etwas durchführen, was mit der inneren Vernunft der Dinge, der „Natur der Sache" in unlöslichem Widerspruche steht. Die Geschichte des preußischen Rechts hat uns ja gerade hier den besten Belag geliefert. Auch die A.G.O. hatte das Institut des „wie angebracht" abweisenden Erkenntnisses nicht aufgenommen, und hier war es wirklich bewußter Maßen und vom Standpunkte des reinen Inquisitionsprinzips auch ganz konsequent reprobirt. Da aber die Untersuchungsmaxime selbst nicht konsequent durchgeführt war und andererseits auch wieder in sich einen unlöslichen Widerspruch mit dem auf der Dispositionsfreiheit beruhenden materiellen Civilrecht enthielt, so bestand, contra legem, schon unter der Alleinherrschaft der A.G.O. die Abweisung angebrachter Maßen in allgemeiner Uebung. Die „Vernunft der Völker", dieser Urquell des Gewohnheitsrechts, ist stärker als das gewillkürte Gesetz.

Dem Praktiker ist in der That die Abweisung angebrachter Maßen auch heute noch ganz unentbehrlich. Was bleibt ihm bei

[60]) Vgl. von Bülow, Prozeßordn. zu § 293.

[61]) oder Kompensationseinrede.

völlig mangelnder Klarlegung des Sachverhalts, beim Fehlen nothwendiger thatsächlicher Angaben, bei verworrenen, widerspruchsvollen Anträgen andres übrig, als eine materielle Entscheidung überhaupt abzulehnen? Eine Aberkennung ist ja in solchen Fällen ebenso unmöglich und unzulässig, als eine Anerkennung, es liegt eben ein logisches non liquet vor.[62]) Freilich kann durch geeignete Benutzung des richterlichen Fragerechts (§ 130) oft geholfen werden. Aber dieses Mittel wirkt doch nur dann, wenn lediglich aus Rechtsunkenntniß,[63]) Ungeschick, Nachlässigkeit, Uebersehen u. s. w. der Partei oder des Anwalts eine thatsächliche Anführung vergessen oder sonst ein Versehen begangen ist. Und selbst in diesen Fällen hilft das Fragerecht nur unter der Voraussetzung, daß die Partei resp. der Anwalt ausreichende Antwort giebt und geben will; ein Antwortszwang existirt nicht und es weiß Niemand mehr, als der deutsche Richter, ein Lied davon zu singen, wieviel eigensinnige Trotz- und Querköpfe zwischen Mosel und Niemen zu finden sind. Andererseits giebt es aber auch verschiedene große Kategorien von Fällen, in denen das Fragerecht von Haus aus überhaupt gar Nichts helfen kann. Dahin gehören vor Allem die Prozesse, wo durch spätere Modifikationen, Restriktionen, unzulässige Klageänderungen u. s. w. prozessualisch die Sache dahin gebracht ist, daß, gerade im eigenen Interesse des Klägers und des materiellen Rechts, kein anderer Ausweg übrig bleibt, als durch Durchhauung des Knotens mittelst der Abweisung angebrachter Maßen wieder freie Bahn zu schaffen. Welchem Praktiker sind nicht derartige verzweifelte Fälle aus seiner Erfahrung nur allzu erinnerlich?! Ich gebe zu, daß in Folge des mündlichen Verfahrens und des Entfallens der Eventualmaxime für die eigentliche Verhandlung zur Hauptsache, namentlich bei einem geschickten Vorsitzenden resp. Amtsrichter, solche Konfusionen in Zukunft viel seltener als früher vorkommen werden; ausgeschlossen werden sie erst dann sein, wenn es unter Parteien und Anwälten

---

[62]) Beim thatsächlichen non liquet, also bei Unzulänglichkeiten in der Beweisinstanz, ist ein sachliches Urtheil deshalb möglich und nothwendig, weil im Civilprozeß nur das Prinzip der relativen Wahrheit gilt, also was nicht erwiesen ist, als nicht wahr gilt.

[63]) Dieselbe ist auch bei geprüften Juristen bekanntlich keineswegs ausgeschlossen. Examine rite superato ignorantia juris non nocet war ein beliebtes Motto auf den „Protokollen" des Berliner Einpaukers Joseph Schmidt.

keine Konfusionarien mehr giebt. Auch ist die Eventualmaxime doch nur theilweise beseitigt.[64]) Gerade bezüglich der Klage besteht die Ausnahme, daß das eigentliche Klagefundament in der Klageschrift enthalten sein muß; Ergänzungen und Berichtigungen sind später zulässig, aber keine neuen Einführungen; und wenn allerdings in erster Instanz ein Protest gegen die Klageänderung ausdrücklich und vor der Einlassung auf die geänderte Klage geschehen muß und in letzterer Beziehung ein Stück der Eventualmaxime zum Nachtheil des Verklagten erhalten ist,[65]) so ist ebenso andererseits unverkennbar, daß in dem wenn auch beschränkten Verbote der Klageänderung in demselben Maße ein Stück Eventualmaxime zum Nachtheil des Klägers konservirt ist.

Die Hauptgruppe der Fälle, wo die Abweisung angebrachter Maßen unentbehrlich ist, bilden aber diejenigen, wo der Umfang der thatsächlichen Begründung der Klage von der verschiedenen Rechtsansicht über das Mehr oder Minder abhängt, was in abstracto oder vielleicht auch nur in concreto zur thatsächlichen Fundirung des Anspruchs gehört, und wo die Partei resp. der Anwalt absichtlich und überlegt gerade nur diejenige Rechtsansicht durchsetzen will, welche das minus verlangt, weil das plus gar nicht oder nur schwerer oder unter der Gefahr der Provokation gefährlicher Einreden nachzuweisen ist. In diesen Fällen ist eine Abweisung in angebrachter Art gar nicht zu umgehen, wenn das Gericht zur Begründung des Anspruchs mehr verlangt, als der Anwalt; eine Ausübung des Fragerechts würde hier gar keinen Erfolg haben und sie würde auch nach der richtigen Begrenzung, die dieses Fragerecht durch die Verhandlungsmaxime finden muß, überhaupt hier nicht einmal statthaft sein.

Unsere Ansicht, daß die Abweisung angebrachter Art noch jetzt besteht, wird auch von einer ganzen Reihe von Autoritäten getheilt.

Vgl. vor Allen von Bülow: in seinen Glossen bei Gruchot Bd. 22 S. 708, und in seiner Prozeßordnung bei §§ 272, 293, 296; ferner: Fitting, der Reichscivilprozeß (3. Auflage) S. 160:

„Geht das Endurtheil nicht auf die Hauptsache ein, weil sich eine vom Beklagten vorgebrachte prozeßhindernde Einrede oder ein

[64]) Vgl. darüber die ausführlichen Glossen v. Bülows bei Gruchot Bd. 22 S. 106 ff.

[65]) v. Bülow a. a. O. S. 116.

schon von Amtswegen zu berücksichtigender prozeßhindernder Umstand als begründet herausgestellt hat, so wird immer nur eine einstweilige Abweisung der Klage ausgesprochen."

und in der Note 10 daselbst:

„Eine allgemeine Formel für die einstweilige Abweisung der Klage wegen eines prozeßhindernden Umstandes ist: Abweisung der Klage wie sie angebracht ist oder angebrachter Maßen. Besondere Formen der einstweiligen Abweisung sind: Abweisung „von hier" oder „von diesem Gericht", d. h. Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts, Abweisung „zur Zeit," d. h. wegen eines zur Zeit noch bestehenden Hindernisses, z. B. wegen einer der in C.P.O. § 247 Nr. 4, 5 bezeichneten prozeßhindernden Einreden."

Es muß nur gegen die Darstellung Fittings erinnert werden:

1) daß zwar von ihm die Abweisung angebrachter Maßen ganz richtig mit derjenigen wegen einer sog. prozeßhindernden Einrede (§ 247) auf eine Linie gestellt wird, daß aber die Fälle der letzteren das Gebiet der Abweisung angebrachter Maßen nicht im Entferntesten erschöpfen (vgl. unten § 7);
2) daß die Abweisung „zur Zeit" wegen einer sachdilatorischen Einrede von der Abweisung angebrachter Maßen durchaus zu trennen ist und zu der definitiven Abweisung gestellt werden muß (vgl. die oben in § 5 mitgetheilte Ausführung Oskar Bülow's und unten § 7.)

Auch Endemann, der deutsche Civilprozeß, statuirt unbedenklich die Abweisung angebrachter Maßen. Hervorzuheben sind namentlich folgende Bemerkungen zu § 293 (Bd. II S. 138—139):

„Was die Abweisung der Klage oder Widerklage anlangt, so ergiebt sich, daß die Entscheidung, welche abweist, ohne auf den Inhalt derselben einzugehen, also die Abweisung auf Grund einer prozeßhindernden Einrede, nicht rechtskräftig wird (§ 248). Denn soweit sie über die Einrede erkennt, ist sie überhaupt der Rechtskraft nicht fähig, und über den Grund des Anspruchs erkennt sie nicht... Was sonst die Abweisung des Klage- oder Widerklageanspruchs betrifft, so ist anzunehmen, daß sie, wenn nicht die natürliche Logik verleugnet werden soll (vgl. Bd. I. S. 488 Note 2), nicht auf Grund einer Einrede erfolgen kann, ohne daß vorher der Anspruch geprüft und begründet befunden worden ist. Wird der Anspruch definitiv abgewiesen, weil er an sich thatsächlich oder rechtlich unbegründet

oder unerweislich erfunden wurde, so kann über die Bedeutung der Rechtskraft kein Zweifel sein. Allein die Zurückweisung kann auch vielleicht nur den Sinn einer Abweisung wie angebracht, wegen ungenügender Substanziirung haben, obwohl dies bei verständiger Ausnutzung des mündlichen Verfahrens füglich selten sein wird." (Aus dem Folgenden ergiebt sich, daß Endemann aus einem solchen Urtheil keine exceptio rei judicatae hervorgehen läßt.)

Endlich ist auch ein neuer Anwendungsfall der Abweisung angebrachter Maßen zu erwähnen, der erst durch die C.P.O. gegeben ist. Hierauf macht Weismann in seiner Schrift über die Feststellungsklage[66]) aufmerksam. Die Feststellungsklage setzt ein rechtliches Interesse voraus, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde alsbald festgestellt werde. Weismann sagt nun, m. E. mit Recht (S. 161, 162):

„Das Interesse bildet nur die Voraussetzung der Prozeßantizipation; die Abweisung einer Feststellungsklage wegen mangelnden Interesses besagt nichts weiter, als daß die Voraussetzung zu der beantragten Antizipation nicht vorliegt, daß der Antizipationsantrag nicht statthaft sei; die Abweisung einer Feststellungsklage wegen mangelnden Interesses ist immer nur eine Abweisung wie angebracht. Die definitive Abweisung einer positiven Feststellungsklage kann nur darum erfolgen, weil das fragliche Rechtsverhältniß nicht bestehe, die fragliche Urkunde unecht sei, die definitive Abweisung einer negativen Feststellungsklage nur, weil das fragliche Rechtsverhältniß bestehe, die fragliche Urkunde echt sei."

§. 7.

In einem Systeme des deutschen Prozeßrechts würde sonach die Lehre von den Endurtheilen (seien es Endurtheile im e. S., seien es Theilurtheile, welche letztere ja ebenfalls Endurtheile über einen Theil des Anspruchs oder der Ansprüche darstellen) etwa folgenden Passus enthalten müssen:

Die Endurtheile im w. S. zerfallen ihrem materiellen Inhalte nach in zwei Hauptgruppen:

---

[66]) Bonn bei Adolph Marcus. 1879. Dieses interessante Buch ist namentlich auch wegen seiner werthvollen historischen Untersuchungen sehr zu empfehlen.

1) Sie entscheiden definitiv in der Hauptsache, erkennen also den Anspruch (die Ansprüche) zu oder ab.
2) Sie verweigern eine Entscheidung in der Hauptsache resp. die Einleitung des Prozesses über die Hauptsache.

Daneben stehen als eigenthümliche Mittelgruppe

3) die zwei Fälle, wo
   a) eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird (§§ 247, 248),
   b) ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch seinem Grunde nach als existent festgestellt wird (§ 276).

Zu 1. In jedem Rechtsstreite handelt es sich um die Verfolgung eines oder mehrerer Rechtsansprüche. Der einfachste Fall ist der, wenn nur Ansprüche des Klägers in Frage stehen; es können aber auch compensando oder reconveniendo Ansprüche des Verklagten geltend gemacht werden. Der Zweck des Prozesses ist bei den Präjudizial- oder Feststellungsklagen (§§ 231, 253) nur der, die bestrittenen Ansprüche in ihrer Existenz oder Nicht-Existenz *festzustellen* (pronuntiatio, deklaratives oder *dezisives* Moment). Bei allen anderen Klagen besteht daneben noch der zweite praktische Zweck der Verurtheilung des Gegners zur thatsächlichen Anerkennung, insbesondere Erfüllung, des bestrittenen Anspruchs (condemnatio, imperatives oder *dispositives* Moment). Daneben ist aber immer auch das erste Moment gegeben, das sogar als das eigentliche, *wesentliche* erscheint, obgleich häufig, namentlich bei Forderungsklagen, nur das zweite Moment, die Dispositive, äußerlich in der Urtheilsformel (dem Tenor) hervortritt. „Die beiden Momente sind (mit Ausnahme der Feststellungsklagen) immer gleichzeitig gegeben; nicht nur bei dinglichen (absoluten) Ansprüchen, wo sie sich besonders scharf trennen, sondern auch bei persönlichen (relativen) Ansprüchen. Auch hier sagt der Richter: 1) B ist dem A aus Darlehen 100 schuldig, 2) deshalb soll der B dem A 100 zahlen. Man kann sich beide Momente in dem logischen Verhältniß von Grund und Folge denken, die Verurtheilung ergeht, weil der Anspruch zugesprochen wird; es wird logisch richtiger sein, die Dispositive nur als *imperative Form* der Dezisive aufzufassen, die bei mehreren theils zutheils aberkannten Ansprüchen und Gegenansprüchen das praktische arithmetische Resultat zieht. Hieraus folgt nun von selbst, daß

nicht die Dispositive, sondern die Dezisive den eigentlichen Inhalt, die Substanz, des Erkenntnisses bildet."[67])

Wie nun die Dezisive jeden Anspruch positiv oder negativ feststellt, d. h. zu- oder aberkennt: so geht auch die Urtheilsformel (Dispositive) nur auf ein Doppeltes: entweder sie verurtheilt den Verklagten oder sie weist den Kläger (pure) ab. Die sog. gemischten Urtheile, wodurch zum einen Theil der Verklagte verurtheilt, zum anderen Theil der Kläger abgewiesen wird, sind keine dritte Gattung, sondern nur eine Verbindung von zu- und absprechenden Urtheilen.[67a]) Auch die Ausnahme bei dem nach dem Antrag der Widerklage verurtheilenden Erkenntnisse ist nur eine scheinbare, da hier der Verklagte gleichzeitig auch Kläger ist, also zwei Prozesse mit umgekehrten Parteirollen gleichzeitig nebeneinander verhandelt werden.

Die Abweisung kann übrigens quoad tempus entweder für immer oder nur auf Zeit („zur Zeit") erfolgen, z. B. wegen einer zur Zeit des Urtheils noch laufenden Kündigungsfrist, eines bewiesenen pactum de non petendo intra certum tempus u. s. w. (exceptio dilatoria). Auch diese Abweisung zur Zeit ist aber ein materielles, im hier fraglichen Sinne definitives Erkenntniß; sie begründet daher auch die exceptio rei judicatae; nur ist deren Wirksamkeit auf einem gewissen Zeitraum beschränkt.

Zu 2. Ganz verschieden sind diejenigen Endurtheile, welche den Prozeß zwar formell zum Abschlusse bringen, aber materiell über die erhobenen Ansprüche nicht entscheiden, vielmehr eine materielle An- oder Aberkennung der Ansprüche ablehnen. Sie finden namentlich statt, wenn die sog. Prozeßvoraussetzungen nicht gegeben sind, wenn also z. B. der Gegenstand, über welchen richterliche Entscheidung begehrt wird, gar nicht zur Kompetenz der Gerichte überhaupt (Unzulässigkeit des Rechtswegs) oder des angegangenen Gerichts (sachliche oder örtliche Unzuständigkeit) gehört, oder wenn aus

[67]) Westerburg, Archiv für prakt. R.W. N. F. Bd. IX. S. 228. Dies gilt auch noch jetzt. Der § 293 C.P.O. verwirft nur die Rechtskraft der Entscheidungsgründe (auch der objektiven). Dagegen ist es unrichtig, anzunehmen, er wolle nur dem Tenor die Kraft der res judicata beilegen. Der Tenor ist vielfach ganz farblos und überhaupt nur ein äußerliches Moment; es entscheidet der Inhalt des Urtheils, zu dessen Erkennung freilich der Tenor die nächste Quelle bildet, aber keineswegs die einzige. Dahin sind die Ausführungen v. Bülow's, Proz.-Ordn. zu § 293 zu berichtigen.

[67a]) Savigny, System VI. S. 301 ff.

sonstigen Gründen in der Person des Klägers oder des Verklagten der Rechtsstreit überhaupt oder zur Zeit nicht möglich ist oder nicht aufgenommen zu werden braucht. Hierher gehören namentlich die Fälle des § 247, wo ausnahmsweise das Prinzip der eventuellen Einlassungspflicht in der Richtung durchbrochen ist, daß der Verklagte das Recht hat, zunächst die Frage, ob überhaupt die Prozeßvoraussetzungen vorliegen, zur abgesonderten Entscheidung zu bringen. Diese sog. prozeßhindernden Einreden erschöpfen aber keineswegs das Gebiet der Abweisung in der angebrachten Art. Die letztere hat vielmehr ihre häufigste Anwendung da, wo eine innere logische Unmöglichkeit zur Urtheilsfällung wegen mangelhafter Substanziirung vorliegt. (Dieses Wort in dem weiteren Sinne genommen, wo es alle Fälle unter A in § 3 begreift). Hier darf der Verklagte nicht die (eventuelle) Einlassung auf die Hauptsache weigern; es giebt keine exceptio libelli obscuri, inepti u. s. w.; aber das schließliche Urtheil lehnt auch hier jedes Eingehen auf die Sache selbst ab. Materiell kann also von einer wirklichen Entscheidung nicht die Rede sein, einer exceptio rei judicatae fehlt jeder Boden. Aber formell liegt ein reguläres Erkenntniß vor, das der formellen Rechtskraft, der Anfechtung durch die regulären Rechtsmittel u. s. w. unterliegt, und es ist hervorzuheben, daß auch diese Abweisung angebrachter Maßen immer nur durch ein End- (resp. Theil-)urtheil erfolgen muß, da eine Abweisung der Klage per decretum (a limine) durch die C.P.O. ausgeschlossen ist.

Zu 3. Die zwei folgenden Fälle haben die Eigenthümlichkeit, daß sie materiell ein Zwischenurtheil darstellen, formell, in Beziehung auf Rechtsmittel und Kosten, aber die Natur eines Endurtheils haben:

a) wenn eine prozeßhindernde Einrede verworfen, also die Pflicht zur Einlassung auf die Hauptsache ausgesprochen wird,
b) wenn das Gericht bei einem Anspruch zunächst in quali entscheidet und durch diese Entscheidung den Anspruch positiv feststellt.

In beiden Fällen gilt noch die Besonderheit, daß das Gericht alsbald, ohne die Rechtskraft abzuwarten, auf Antrag anordnen kann, daß sofort zur Hauptsache resp. in quanto weiter zu verhandeln sei.[68])

[68]) § 248. § 276 Abs. 2.

II.

Der Einwand der unzulässigen Klageänderung in formeller Beziehung.

In dem sonst sehr verdienstvollen Aufsatze von Meyer „der Prozeßgang nach der Civilprozeßordnung, an einem Rechtsfalle dargestellt" (Gruchot's Beiträge von 1878 S. 1 ff.) findet sich auf Seite 7 folgender Passus, der zu erheblichen Bedenken Anlaß giebt:

B. Ich bringe zunächst als prozeßhindernde Einrede die Einrede der unzulässigen Klageänderung vor.[9]) Der schriftlichen Klage liegt ein in einer Summe hingegebenes Darlehn zu Grunde, jetzt sollen nur 200 Mark baar hingegeben sein.

Vorsitzender (nach Rücksprache mit den Beisitzern.[10]) Es wird angeordnet, daß über diese Einrede abgesondert verhandelt wird.

A. Ich bitte, die Einrede zu verwerfen, in der schriftlichen Klage ist nur behauptet: (liest es vor), also ist es nach § 240 Nr. 1 C.P.O. keine Klageänderung.

Vorsitzender: Das Gericht wird Beschluß fassen.

(Nach Berathung mit den Mitgliedern): Das Urtheil[1]) geht dahin (liest[2]): Es wird die Einrede der Klageänderung verworfen.

A. u. B. Wir verzichten auf Ausfertigung dieses Urtheils.[3])

---

[9]) §§ 235 Nr. 3, 247 Nr. 3.

[10]) Das Gericht, nicht der Vorsitzende, hat die Anordnung zu treffen (§ 248).

[1]) § 248.

[2]) § 282.

[3]) Die Bestimmungen über Ausfertigung der Urtheile (§ 284 ff.) gelten für

Meyer geht hierbei, wie namentlich die Allegate in den abgedruckten Noten ergeben, von folgenden Grundsätzen aus:

1) Die Einrede der unzulässigen Klageänderung ist eine prozeßhindernde Einrede überhaupt und speziell diejenige der Rechtshängigkeit (§ 247 Nr. 3).
2) Ueber diese Einrede ist, wenn der Verklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache weigert, oder wenn das Gericht die abgesonderte Verhandlung darüber anordnet (§ 248), durch Zwischenurtheil[1]) zu entscheiden.

Beide Grundsätze sind gleich falsch, und da die angeregte Frage von einiger Bedeutung ist, so wird eine eingehende Erörterung derselben für die Leser dieser Zeitschrift nicht ohne Interesse sein.

I. Rechtliche Natur des Einwandes der unzulässigen Klageänderung.

Zur Orientirung mag Folgendes vorausgeschickt werden:

Gerade weil die C.P.O. in Folge der Grundmaxime der Mündlichkeit und des Entfallens der Eventualmaxime (vgl. von Bülow bei Gruchot Jahrg. 1878 S. 98 ff.) den Parteien die freieste Gestaltung des Prozesses anheimgiebt, mußte sie andererseits um so mehr darauf halten, daß jeder Prozeß durch die Klageschrift, welche ebendaher nicht bloß vorbereitender Schriftsatz, sondern gleichzeitig essentiell und grundlegend ist, seine bestimmte Individualität erhält. Andernfalls würden konfuse Advokaten durch fortwährende Klageänderungen, Nachbringungen oder Substitutionen von neuen Klageanträgen, Nachbringung von neuen Klagefundamenten u. dgl. ein wahres pêle-mêle von Allem und Jedem in einem Prozesse zu Wege bringen können. Die C.P.O. hat daher den Grundsatz aufgestellt, daß eine Klageänderung regelmäßig unstatthaft sein soll: und zwar in zweiter Instanz ausnahmslos (§ 489), in erster In-

---

alle Urtheile, auch Theil- und Zwischenurtheile. In der Hannover'schen Praxis hielt man einen Verzicht auf besondere Ausfertigung eines Urtheils für zulässig, und hier werden Parteien es um so unbedenklicher thun können, als die hier getroffene Entscheidung nach § 242 unanfechtbar ist. Sonst müßte ein ordentliches Urtheil abgefaßt werden.

[1]) Auch von Bülow, Civilprozeßordnung, hält zu § 241 ein Zwischenurtheil hier wenigstens für möglich und angezeigt.

stanz beim Widerspruch des Verklagten. Um jedoch andererseits nicht allzu rigoristisch zu werden, ist ferner verordnet,

1) daß unter Klageänderung nur eine wirkliche Aenderung des Klageantrags oder des Klagegrundes zu verstehen ist, während Ergänzungen, Berichtigungen, Erweiterungen u. s. w. nicht als solche zu betrachten sind (§ 240),
2) daß (in erster Instanz, in zweiter Instanz kann davon keine Rede sein) eine Einwilligung des Verklagten fingirt wird, wenn er auch bei wirklicher Aenderung sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat, ohne der Aenderung zu widersprechen (§ 241),
3) daß eine Anfechtung der Entscheidung, wonach eine Aenderung der Klage nicht vorliege, nicht stattfindet (§ 242) — dieser letztere § ist erst durch die Justiz-Kommission des Reichstags eingefügt und bezeichnet den weitgehendsten Erfolg der Ansicht, welche die Klageänderung in liberaler Weise begünstigt haben wollte.

Es ist hiernach soviel sicher: Der Verklagte muß in erster Instanz, sobald die Klage geändert wird, hiergegen protestiren, ehe er sich auf die abgeänderte Klage selbst in eine mündliche Verhandlung einläßt. Protestirt er nicht, so gilt er als einwilligend, und von Amtswegen darf die Klageänderung in erster Instanz nicht beanstandet werden.

Meyer und neben ihm auch Andere (z. B. Bolgiano in Busch's Zeitschr. für deutsch. Civilprozeß Bd. I. S. 47 ff.) fassen nun diesen Protest oder wenn man lieber will Einwand — das Gesetz braucht die Worte: „ohne der Aenderung zu widersprechen" — als prozeßhindernde Einrede auf.

Die Konsequenz davon wäre dann allerdings:

1) daß der Verklagte auf Grund dieses Einwandes die Verhandlung zur Hauptsache weigern und zunächst eine Entscheidung hierüber verlangen könnte,
2) daß das Gericht in diesem Fall (1) durch Urtheil nach § 248 erkennen müßte, ob eine Klageänderung vorliege oder nicht,
3) daß das Gericht auch, abgesehen von dem Fall sub 1, ein derartiges Urtheil erlassen müßte, wenn es auf Antrag (etwa des Klägers) oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung über jene Frage der Klageänderung angeordnet hätte (§ 248).
4) Dieses Urtheil stände ganz unter den Regeln des § 248; es

wäre in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen, und nur die Besonderheit wäre vorhanden, daß das Urtheil, falls es den Einwand der Klageänderung verwürfe, nach § 242 inappellabel wäre.

Alle diese Folgesätze fallen dagegen weg, wenn der Protest gegen die Klageänderung nicht als prozeßhindernde Einrede aufzufassen ist. Und das ist er gewiß nicht.

Als prozeßhindernde Einreden sind „nur" anzusehen, wie es in § 247 ausdrücklich heißt, die sechs dort aufgeführten Einreden, worunter eine Einrede der Klageänderung nicht enthalten ist. Es ist nach dem Wortlaute von § 247 („nur" — grammatische Interpretation) und nach der exzeptionellen Natur der prozeßhindernden Einreden (logische Interpretation) absolut unzulässig, das Verzeichniß des § 247 irgendwie auszudehnen. Wenn dies freilich z. B. Bolgiano a. a. O. in dem Maße gethan hat, daß er sogar die gespenstige und chikanöse exceptio libelli obscuri, diesen wahren groben Unfug des gemeinrechtlichen Prozesses, und die mittelalterliche exceptio spolii aus der Rumpelkammer hervorgesucht hat und als prozeßhindernde Einreden statuiren will: so zeigt dies nur, wie unfähig manche Theoretiker sind, moderne Legislationen richtig zu verstehen (vgl. gegen Bolgiano auch Reuling in Heymanns Kritischem Literaturblatt 1879 S. 23.)

Nun sucht freilich Meyer den Einwand der Klageänderung doch auf dem Wege unter die prozeßhindernden Einreden zu bringen, daß er ihn mit einer der als solche in § 247 zugelassenen Einreden identifizirt, nämlich mit der Einrede der Rechtshängigkeit (§ 247 Nr. 3), welche selbstverständlich auch allein in Betracht kommen könnte (die übrigen Einreden des § 247 sind die der Inkompetenz, Unzulässigkeit des Rechtswegs, mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, noch nicht erfolgten Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens, mangelnden Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung.) Es ist aber klar, daß der Einwand der unzulässigen Klageänderung und derjenige der Rechtshängigkeit toto capite verschieden sind. Der Einwand der Rechtshängigkeit hat nämlich den Sinn, daß sich der Verklagte gegen den Klageanspruch darauf beruft, daß derselbe Klageanspruch bereits in einer anderen Klage erhoben und dadurch in jenem anderen Prozesse anhängig sei; er will, gerade wie die exceptio rei judicatae, nur in einem früheren Stadium, das „ne

bis de eadem re" verwirklichen, nämlich das gleichzeitige bis, während die exceptio rei judicatae das bis nacheinander verwehrt; er hat daher, wie die exceptio rei judicatae, die Identität der beiden Ansprüche zur Voraussetzung. Der Einwand der Klageänderung setzt dagegen gerade die Verschiedenheit beider Ansprüche voraus; er will verhindern, daß *statt* des früheren Klageanspruchs jetzt ein anderer substituirt wird; er hat mit der Einrede der Rechtshängigkeit Nichts zu schaffen. Daß auch das Gesetz selbst die Einrede der Rechtshängigkeit und den Protest gegen die Klageänderung als etwas ganz und gar Verschiedenes auffaßt, ergiebt sich aus § 235, wo es heißt:

„Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1) wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben.

— — — — — — — — — — — — —

3) Der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern."

Nach Allem ist zweifellos der Einwand der Klageänderung *keine* prozeßhindernde Einrede im Sinne der C.P.O. Hieraus folgt, daß der Einwand *prozessualisch* wie jeder andere Einwand zu behandeln ist, also namentlich nicht den Verklagten berechtigt, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Er muß nur *vor* dieser Verhandlung den Einwand anbringen, um nicht als einwilligend zu gelten, aber er hat die Pflicht, *gleichzeitig* sich zur Sache zu erklären und zu verhandeln.

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß der Einwand der Klageänderung seinem *materiellen* Inhalte nach von den eigentlichen sachdienlichen Einreden sehr verschieden ist und viel mehr Verwandtschaft mit denjenigen Einreden hat, die in § 247 als prozeßhindernd rezipirt sind. Wie diese wendet auch er sich nicht gegen den materiellen Klageanspruch selbst, sondern nur gegen dessen prozessualische Zulässigkeit; er bezweckt keineswegs, daß der Klageanspruch untersucht und auf Grund der Untersuchung dem Kläger sachlich aberkannt wird, sondern er will überhaupt die richterliche Prüfung ausschließen; er bestreitet die Pflicht zur Einlassung, eine *Prozeßvoraussetzung* (Wetzell 3. Auflage S. 136 ff., Bülow, die

Prozeßvoraussetzungen). Ferner: Während alle wirklichen Einreden, seien sie rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtsausschließende (römische Exzeptionen), auf Thatsachen beruhen, ist der Einwand der Klageänderung nur eine Rechtsdeduktion, die überhaupt nur wegen des Präjudizes des § 241 nöthig ist, abgesehen davon aber ganz wegfallen dürfte, wie denn auch in zweiter Instanz der Richter von Amtswegen diesen Punkt berücksichtigen muß. Endlich: Während wirkliche Sacheinreden regelmäßig eine Aberkennung des Klageanspruchs, also eine definitive Abweisung der Klage, (sei es auch nur — im Fall einer sachdilatorischen Einrede — auf Zeit) bezwecken, führt der Einwand der Klageänderung, wenn er begründet befunden wird, nur zur Abweisung in angebrachter Art und begründet daher keine exceptio rei judicatae (§ 293), vgl. die erste Abhandlung über die Abweisung angebrachter Maßen.

Vom rein logischen Gesichtspunkt aus hätte man daher den Einwand der unzulässigen Klageänderung allerdings unter die sog. prozeßhindernden Einreden aufnehmen müssen; es hätte hieran auch der Umstand nicht hindern können, daß dieser Einwand vielfach erst inmitten des eigentlichen Prozesses, vielleicht nach der Beweisaufnahme, veranlaßt wird; denn es kann dies ausnahmsweise auch bei wirklichen prozeßhindernden Einreden, z. B. derjenigen der sachlichen Inkompetenz, vorkommen (§ 467). Aber von demselben rein logischen Gesichtspunkte aus hätte man freilich auch jeden Einwand gegen die Begründung der Klage in der angebrachten Art, also namentlich die sog. exceptio libelli obscuri oder inepti, als prozeßhindernd gelten lassen müssen. Das wollte man aber eben aus guten Gründen nicht thun. Man hat daher nur bestimmte Einwendungen gegen das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen positiv zu prozeßhindernden Einreden gemacht. Alle prozeßhindernden Einreden bestreiten die Prozeßvoraussetzungen; aber keineswegs sind alle nur die Prozeßvoraussetzungen bestreitenden Einreden prozeßhindernd.

Es ist aber andererseits daran festzuhalten, daß der Einwand der Klageänderung keine materielle Einrede ist, die als solche ja immer auf Thatsachen beruht (auch die Einrede der Verjährung z. B. beruht auf der Thatsache des Zeitablaufs) und niemals von Amtswegen berücksichtigt werden darf. Der Einwand der Klageänderung ist vielmehr lediglich eine Rechtsdeduktion, die ebendaher in zweiter

und dritter Instanz ohne Schaden ganz wegbleiben kann, da sie von Amtswegen zu berücksichtigen ist und die nur für die erste Instanz nothwendig ist wegen der rein positiven und auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Vorschrift des § 241.[2]) Dieser Karakter ist namentlich entscheidend für die Frage, ob über den Einwand der Klageänderung durch Zwischenurtheil entschieden werden kann.

II. Richterliche Entscheidung auf den Einwand der Klageänderung.

Findet das Gericht in der That, daß eine Klageänderung vorliegt, und hat weiter — diese Voraussetzung gilt aber nur für die erste Instanz — der Verklagte dagegen protestirt: so muß das Gericht selbstverständlich Endurtheil erlassen, da ja die Sache für es zur Endentscheidung reif ist. Dieses Endurtheil muß die Klage in angebrachter Art abweisen; denn das Gericht ist nicht fähig, über den vorgebrachten sachlichen Anspruch selbst definitiv zu entscheiden, ihn zu- oder abzuerkennen, sondern es muß wegen Mangels der Prozeßvoraussetzung eines in einer schriftlichen Klage (§ 230) zur richterlichen Entscheidung gebrachten begründeten Klageanspruchs (da der in der schriftlichen Klage erhobene Anspruch fallen gelassen und der substituirte nicht in der Klageschrift erhoben ist) *sein Urtheil weigern*, i. e. die Klage in angebrachter Art abweisen.[3])

Wie aber, wenn der Richter den Einwand der Klageänderung für unbegründet hält?

---

[2]) Auch die Vorschrift des § 242 gilt m. E. nur für die erste Instanz. Läßt das Oberlandesgericht als Berufungsgericht eine wirkliche Klageänderung zu, so ist m. E. hiergegen das Rechtsmittel der Revision zulässig, falls dessen Voraussetzungen im Uebrigen vorliegen. Freilich nicht unzweifelhaft wegen der allgemeinen Fassung von § 485.

[3]) Wie die Kommentatoren, die der Ansicht sind, daß die Abweisung in angebrachter Art durch die C.P.O. beseitigt sei, in allen derartigen Fällen verfahren wollen, ist mir nicht erfindlich. Für den Sachverständigen ist diese Urtheilsart vielmehr gerade durch § 293 C.P.O. vorgeschrieben; man muß nur diesen Paragraphen zu verstehen wissen. Durch das Fragerecht des Richters, das sich innerhalb der Verhandlungsmaxime zu bewegen hat, dürfen und können selbstverständlich nur grobe Fälle von Gleichgültigkeit, Nachlässigkeit u. dergl. bei der Klagebegründung ausgeschlossen werden. Sehr oft wird der klägerische Anwalt eben gerade den eingeschlagenen Weg der Klagebegründung versuchen *wollen*. Und wie will man es halten bei Häufung von unvereinbaren Klageansprüchen (z. B. Minderungs- und Wandelungsklage) u. dergl. mehr??

Daß er alsdann kein Zwischenurtheil des Inhalts, daß keine Klageänderung vorliege, erlassen muß, folgt aus dem sub I Ausgeführten. Denn nur das Zwischenurtheil des § 248 über prozeßhindernde Einreden ist obligatorisch, und der Einwand der Klageänderung ist keine prozeßhindernde Einrede. Es fragt sich daher nur, ob er ein Zwischenurtheil des gedachten Inhalts erlassen kann. Damit hängt die Frage zusammen, in wieweit über den Einwand der Klageänderung abgesondert verhandelt werden kann. Beide Fragen sind nicht so einfacher Natur, als es auf den ersten Blick scheinen könnte.

Ein Zwischenurtheil zwischen den Parteien kann, abgesehen von den Fällen des § 248 und 276 (welche beide Fälle man nur sehr uneigentlich als Zwischenurtheile bezeichnen kann, da sie in Wahrheit mehr Endurtheile über einen bestimmten Theil des Rechtsstreites sind, daher auch der selbständigen Berufung und Revision unterliegen) nach § 275 nur erlassen werden:

1) wenn ein Zwischenstreit (Inzidentstreit) zwischen den Parteien,
2) wenn ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zur Entscheidung reif ist.

Ueber den Inhalt und die Begrenzung beider Kategorien darf ich im Allgemeinen auf die Ausführungen v. Bülows in dessen Glossen (Jahrgang 1878 von Gruchot's Beiträgen) verweisen. Wie v. Bülow hier nachweist, sind (S. 815 a. a. O.)

1) Zwischenstreitigkeiten zwischen den Parteien schwer positiv, dagegen jedenfalls negativ dahin zu definiren: daß sie weder den Anspruch selbst, noch ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zum Gegenstand haben dürfen. Da nun der Einwand der Klageänderung unzweifelhaft in unmittelbarster Weise den Klageanspruch selbst betrifft, dessen Abweisung angebrachter Maßen er intendirt, so läßt er sich jedenfalls nicht unter die Rubrik eines Zwischenstreits zwischen den Parteien bringen. — Es fragt sich daher nur,
2) ob der Einwand der Klageänderung etwa unter den Gesichtspunkt eines selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels gebracht werden kann.

Nun sind aber als solche selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel im Sinn des Gesetzes nur selbständige Klagegründe,

Widerklagegründe, Einreden, Repliken und Dupliken aufzufassen (§§ 137, 251, v. Bülow, S. 810 ff.). Es wird also immer ein Theil des Thatsachen-Materials, und zwar ein selbständiger Theil derselben, vorausgesetzt; ein ganzer Klagegrund, eine ganze Einrede u. dergl. muß spruchreif sein. Ueber einzelne Bestandtheile eines Klagegrundes oder einer Einrede (z. B. Aktivlegitimation u. s. w.; Bestellung — Absendung — Preisvereinbarung u. dergl.) darf kein Zwischenurtheil gefällt werden, ebensowenig über eine einzelne Rechtsfrage. Wäre dies zulässig, so könnten in jedem Prozesse unendliche Zwischenurtheile erlassen werden, der ganze Prozeß würde sich dadurch vielfach in eine Unzahl theoretischer Einzelentscheidungen verlieren.

Wie wir oben gesehen, ist der Einwand der Klageänderung keine Einrede; er ist es nicht, weil er jedes thatsächlichen Körpers entbehrt und daher in den höheren Instanzen von Amtswegen berücksichtigt werden muß; er ist nur eine Rechtsdeduktion und daneben in erster Instanz eine Protestation im civilrechtlichen Sinne.

Mithin könnte die Entscheidung, wodurch der Einwand der unzulässigen Klageänderung verworfen wird, nur noch als Entscheidung über den Klagegrund in Betracht kommen, und dies ist sie ja auch offenbar, indem sie die prozessualische Zulässigkeit des Klagegrundes oder Klageantrags feststellt. Ihre juristische Bedeutung ist nicht negativer, sondern positiver Natur und liegt eben in der Zulassung des Klagegrundes. Wie wir aber oben gesehen, kann ein Zwischenurtheil nur über den ganzen Klagegrund, nicht über eine einzelne That- oder Rechtsfrage desselben ergehen. Es ist also z. B. unzulässig, die Frage, ob die Klage an sich fundata ist, durch Zwischenurtheil zu bejahen, wenn nicht gleichzeitig festgestellt wird, daß sie auch probata ist; es widerspräche durchaus dem § 275, etwa durch Zwischenurtheil festzustellen, daß die Klage an sich begründet sei, weil in concreto das Handelsgesetzbuch anwendbar und daher die Formlosigkeit des der Klage zu Grunde liegenden Vertrags unschädlich sei, und dann gleichzeitig durch Beweisbeschluß den bestrittenen mündlichen Abschluß des Vertrags festzustellen. Vielmehr muß erst dieses Beweisverfahren stattfinden und kann dann erst, wenn der ganze Klagegrund spruchreif ist, derselbe durch Zwischenurtheil als festgestellt deklarirt werden. Ferner wäre es ebenfalls unzulässig, etwa durch Zwischenurtheil festzustellen, daß die vorliegende Klage

hinreichend substanziirt, also in angebrachter Art begründet sei, wenn der Klagegrund ganz oder theilweise faktisch bestritten wäre. Aus denselben Gründen ist dann auch ein Zwischenurtheil des Inhalts, daß der Klagegrund prozessualisch zulässig, d. h. daß der Einwand der Klageänderung zu verwerfen, entschieden ausgeschlossen. Diese materielle Entscheidung darf vielmehr nur einen Entscheidungsgrund des demnächstigen End- oder Zwischenurtheils (über den ganzen Klagegrund) bilden.[4])

Hieran schließt sich von selbst die Beantwortung der Frage, inwiefern über den Einwand der Klageänderung abgesondert verhandelt werden kann (daß nicht abgesondert verhandelt zu werden braucht, ergiebt sich daraus, daß der Einwand der Klageänderung keine prozeßhindernde Einrede ist). Abgesonderte Verhandlung kann das Gericht (auf Antrag oder von Amtswegen) anordnen über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, also einen Klagegrund, eine Einrede u. dergl. (§ 137), nicht aber über eine einzelne That- oder Rechtsfrage, wenn dieselbe nicht etwa das Substrat eines Zwischenstreites bildet. Es ergiebt sich daraus, daß bloß über den Einwand der unzulässigen Klageänderung allein keine abgesonderte Verhandlung nach § 137 angeordnet werden darf, wohl aber in Folge dieses Einwandes über den betreffenden Klagegrund, bei dem der Einwand erhoben wird. Ob das Gericht in dieser Weise eine abgesonderte Verhandlung über den betreffenden Klagegrund stattfinden lassen will, hängt freilich ganz von seinem Ermessen ab und wird lediglich dadurch bedingt sein, ob der Einwand der Klageänderung nicht von vornherein ganz unbegründet erscheint. Hat aber auch eine abgesonderte Verhandlung stattgefunden, so ist doch demnächst das Gericht keineswegs gebunden, nun auch ein Zwischenurtheil zu erlassen; denn die Erlassung eines solchen ist in den Fällen des § 275 und § 137 immer fakultativ. Es erscheint daher allerdings ganz zweckmäßig, in Folge eines Einwandes der Klageänderung, wenn derselbe nicht prima vista ganz unbegründet ist, eine abgesonderte Verhandlung über den Klagegrund nach § 137 zu beschließen; entscheidet sich das Gericht später bei der Berathung dafür, daß keine Klageänderung anzunehmen sei, so kann es ja sofort

[4]) § 242 bildet mithin eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 293, daß regelmäßig die Entscheidungsgründe nicht rechtskräftig werden sollen.

nach § 141 die angeordnete Absonderung wieder aufheben und beschließen, daß zur ganzen Sache zu verhandeln sei.

Mithin muß es in dem Meyer'schen Beispiel etwa so gehalten werden:

„B. Ich protestire zunächst gegen die Klageänderung und beantrage, die Klage in angebrachter Art abzuweisen. (Uebergiebt desfallsigen schriftlichen Antrag.) Der schriftlichen Klage liegt ein in einer Summe hingegebenes Darlehn zu Grunde, jetzt sollen nur 200 Mark baar hingegeben sein. Ich stelle anheim, ob über den Klagegrund zunächst abgesondert verhandelt werden soll.

A. Ich bitte den Einwand und demgemäß den Antrag auf Abweisung in angebrachter Art zu verwerfen. Mit Rücksicht auf die bekannten civilrechtlichen Grundsätze über die Art der Darlehnshingabe und § 240 Nr. 1 C.P.O. liegt keine Klageänderung vor. Ich halte daher auch eine abgesonderte Verhandlung für überflüssig, gebe übrigens dies ganz dem Gericht anheim.

Vorsitzender (nach Rücksprache mit den Beisitzern oder auch nach Berathung mit denselben im Berathungszimmer)

entweder:

Das Gericht beschließt, ohne abgesonderte Verhandlung zur ganzen Hauptsache weiter zu verhandeln,

(damit ist bereits implicite der Einwand der Klageänderung verworfen)

oder:

Das Gericht beschließt, zunächst abgesondert über den Klagegrund zu verhandeln. In letzterem Fall würde dann die Sache etwa so weiter gehen:

B. Der § 240 Nr. 1 findet keine Anwendung, weil es sich hier nicht um Ergänzung oder Berichtigung desselben Klagegrundes handelt, sondern weil in Betreff der 400 Mk. ein ganz anderer Klagegrund, nämlich Novation, eingeführt wird. Zur Sache bestreite ich übrigens auch das neue Vorbringen, es hat keine derartige Berechnung stattgefunden, sondern es fanden nur Verhandlungen statt, die zu keinem Resultate führten.

A. Das Letztere ist nicht wahr, ich beharre bei meiner Angabe und benenne noch als Zeugen ꝛc.

Vorsitzender: Das Gericht wird Beschluß fassen.

(Nach Berathung mit den Beisitzern):

Das Gericht beschließt, unter Wiederaufhebung der Absonderung zur ganzen Hauptsache weiter zu verhandeln.

[Würde der Einwand für begründet befunden: Es ist für Recht erkannt, daß die Klage bezüglich der 400 Mark in angebrachter Art abzuweisen. (Theilurtheil). Im Uebrigen soll zur ganzen Hauptsache weiter verhandelt werden]".

Ein Zwischenurtheil, wodurch die Einrede der Klageänderung verworfen wird, ist also nicht zu konstruiren. Es ist auch in der That praktisch ganz überflüssig, da ja in dem Beschlusse, zur Hauptsache weiter zu verhandeln, deutlichst die materielle Verwerfung ausgesprochen liegt und die Abfassung eines inappellablen Zwischenurtheils nur unnöthige Arbeit machen würde. Denn der Aushelf Meyer's, die Anwälte auf Ausarbeitung des Zwischenurtheils verzichten zu lassen, scheint mir unzulässig; die Vorschrift, daß alle Urtheile, auch alle Zwischenurtheile, mit Thatbestand, Gründen, Formel u. s. w. abgefaßt werden müssen, ist publici juris und es darf daher m. E. nicht darauf verzichtet werden können. Der Hauptvortheil der Zwischenurtheile, daß dadurch ein wesentlicher Theil des thatsächlichen Materials ausgeschlossen und abgeschlossen wird, indem namentlich jetzt hier keine nova mehr vorgebracht werden können (§ 251 Abs. 1), fiele naturgemäß bei einem Zwischenurtheil, daß die Einrede der Klageänderung zu verwerfen, von selbst weg, da es sich ja hierbei nicht um Thatsachen und zukünftige nova, sondern nur um eine Rechtsfrage handelt. Der einzige praktische Vortheil des Zwischenurtheils läge also hier darin, daß das Gericht nicht etwa in Zukunft, namentlich bei anderer Zusammensetzung, auf den Einwand der Klageänderung zurückgreifen und noch etwa hinterher die Klage in angebrachter Art abweisen könnte (§ 289), und daß also auch der Verklagte später nicht mehr auf diese Frage bei seinen Deduktionen zu sprechen kommen würde. Das Letztere ließe sich indessen leicht ertragen, und die Gefahr, daß das Gericht nach vollständiger Instruktion, Beweiserhebung u. s. w. nochmals auf den Einwand der Klageänderung zurück kommen sollte, ist bei praktischen und verständigen Richtern wohl eine sehr geringe. Nach Allem würde sich also ein Zwischenurtheil der gedachten Art nicht einmal empfehlen, selbst wenn es zulässig wäre.

Wenn wir resumiren, haben wir gefunden, daß ein Zwischenurtheil, wodurch die Einrede der Klageänderung verworfen wird,

1) weder vorgeschrieben,
2) noch zulässig,
3) noch auch nur räthlich vom praktischen Standpunkt ist.

Vielmehr hat das Gericht diese materielle Entscheidung in dem Beschlusse: „zur Hauptsache weiter zu verhandeln" zu verkörpern und sie erst in dem endlichen End-, Theil- oder auch Zwischenurtheil (über den ganzen Klagegrund) als materiellen Entscheidungsgrund (der ausnahmsweise unanfechtbar ist, § 242) aufzunehmen.

Es erübrigt noch die letzte Frage:

Wenn nun gleichwohl — freilich inkorrekter Weise — ein Zwischenurtheil des gedachten Inhalts erlassen wird: hat dasselbe die Wirkung eines echten Zwischenurtheils, ist also das Gericht bei seinem späteren Endurtheil hieran gebunden (§ 289), oder muß man sagen: es liegt wegen mangelnder Voraussetzungen des § 275 überhaupt gar kein wahres, sondern nur ein Schein-Zwischenurtheil vor, das deshalb auch nicht weiter zu respektiren ist?

Die Frage ist eine wichtige, — nicht sowohl in ihrer Anwendung auf die Einrede der Klageänderung, denn hier wird sie bei praktischen Richtern selten praktisch werden — sondern in ihrer Allgemeinheit in Betreff der Zwischenurtheile überhaupt. Denn es läßt sich voraus sehen, daß sehr häufig der § 275 unrichtig verstanden und unrichtig angewandt werden wird, indem man, wozu ja oft die Gelegenheit und Versuchung so nahe liegen, Zwischenurtheile über einzelne Bestandtheile eines Klagegrundes oder einer Einrede oder gar über einzelne entscheidende Rechtsfragen erlassen wird, während, wie wir eben gesehen, dies unzulässig ist und nur über vollständige selbständige Klagegründe, Einreden, Widerklagegründe, Repliken u. s. w. Zwischenurtheil erlassen werden darf. Der theoretische Fehler wird sich dann bei der Endentscheidung oft sehr derb und handgreiflich bemerklich machen; es wird sich dann oft zeigen, daß man derartige Zersplitterungen eines Ganzen nicht ungestraft vornimmt und es wird dem Richter, der schließlich das Endurtheil zu sprechen hat, sehr oft die Frage nahetreten, ob er denn an ein solches zu Unrecht erlassenes Zwischenurtheil wirklich gebunden sei?

Ich glaube aber, er muß sich in das Unabänderliche fügen, so sehr es ihm im einzelnen Falle auch widerstrebt. Man kann m. E. nicht argumentiren, daß ein Zwischenurtheil, das überhaupt nicht hätte

ergehen dürfen, nun auch rechtlich als gar kein Zwischenurtheil, sondern gleichsam als sententia nulla, als Scheinexistenz, zu betrachten sei. Das kann man m. E. bei einem Zwischenurtheil ebensowenig sagen, als bei einem zu Unrecht ergangenen Theil- oder Endurtheil. Das Urtheil, auch das Zwischenurtheil, ist einmal in der Welt; es besteht formell in Kraft; und es muß daher von dem späteren Richter in derselben Instanz nach § 289 respektirt werden. So meine Ansicht; ich gebe zu, daß auch Gegenargumente geltend gemacht werden können, die aber m. E. alle nur scheinbar treffen; die erschöpfende Behandlung der Frage muß einer anderen Stelle vorbehalten bleiben.

Ist also einmal, nach dem Meyer'schen Beispiele, ein Zwischenurtheil ergangen, daß die Einrede der Klageänderung zu verwerfen: so muß dies Urtheil allerdings in der Instanz aufrecht bleiben resp. bindet den späteren Richter derselben Instanz. Und würde derselbe etwa beim Endurtheil davon abgehen und den neuen Klagegrund verwerfen: so würde dagegen mit Recht die Berufung resp. die Revision wegen Verletzung des § 289 begründet sein. Das Urtheil wäre vom höheren Richter wegen Verletzung des § 289 umzustoßen und der betreffende Klagegrund für zulässig zu erklären, selbst wenn der höhere Richter materiell das Vorhandensein einer Klageänderung bestätigen müßte. Denn an einer materiellen Reformation wäre er durch § 242 C.P.O. gehindert.

III. Besondere Fälle.

1) Bei unseren bisherigen Betrachtungen sind wir von dem einfachen Beispiele Meyer's ausgegangen, wonach nur ein Klagefundament in Rede war und dieses nachträglich modifizirt ist. Wir fanden, daß auf den Einwand der Klageänderung, falls er begründet befunden wird, die Klage in angebrachter Art abgewiesen werden muß, falls er unbegründet befunden wird, aber keineswegs die Einrede der Klageänderung durch Zwischenurtheil zu verwerfen ist, sondern einfach beschlossen werden muß, zur Sache weiter zu verhandeln. Hiernach scheint es also, als ob der Einwand der Klageänderung überhaupt gar kein Zwischenurtheil veranlassen könne. Dies ist jedoch nicht richtig, sondern es ist ein Zwischenurtheil des Inhalts denkbar, daß der Einwand der Klageänderung für begründet befunden wird. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn zur Begrün-

dung des nämlichen Petitums zwei oder mehr Klagegründe erhoben sind und einer davon verändert wird. Es kann dann kein Endurtheil ergehen, wodurch die ganze Klage in angebrachter Art abgewiesen wird, weil der andere, nicht geänderte Klagegrund noch vorliegt; wohl aber kann nach § 275 ein Zwischenurtheil dahin erlassen werden, daß die Klage, insoweit sie sich auf den geänderten Klagegrund stützt, in angebrachter Art abzuweisen resp. hier der Einwand der Klageänderung für begründet zu erklären sei. Selbstverständlich wird aber hierbei vorausgesetzt, daß die beiden Klagegründe in eventueller Reihenfolge das ganze Petitum stützen, während im Fall objektiver Klagenhäufung (mehrere petita mit je einem Klagegrund) kein Zwischenurtheil, sondern Theilurtheil zu erlassen ist.

2) Sodann ist noch zu beachten, daß mit der Klageänderung gleichzeitig häufig auch eine theilweise Zurücknahme der Klage konkurriren kann. Und zwar wird dieselbe meistens nicht nur gleichzeitig konkurriren, sondern es wird in der Klageänderung eo ipso eine Zurücknahme der ursprünglichen Klage liegen, statt welcher nunmehr die neue Klage erhoben wird. Freilich kann dies nur bei der eigentlichen Klageänderung vorkommen, während bei der erlaubten uneigentlichen (§ 240), also wenn das Klagefundament nur ergänzt, der Klageantrag nur erweitert wird u. s. w., ja die nämliche eine ursprüngliche Klage aufrecht erhalten bleibt.

Ueber die Zurücknahme der Klage bestimmt der § 243 C.P.O. Abs. 1:

> „die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden."

Hiernach liegt der Zeitpunkt, bis wohin die Klage einseitig zurückgezogen werden kann, weit später, als derjenige, bis wohin sie geändert werden kann. Eine Aenderung ist gegen den Willen des Verklagten nur vor Zustellung der Klage zulässig, während eine Zurücknahme ohne seine Einwilligung auch noch nach der Zustellung der Klage, während des Schriftenwechsels und überhaupt so lange beliebig stattfinden darf, als nicht schon der Verklagte angefangen hat, zur Hauptsache[5]) mündlich zu verhandeln.

[5]) Das Vorschützen prozeßhindernder Einreden ist noch keine Verhandlung zur Hauptsache.

Somit kann z. B. im ersten Audienztermin, ehe der Verklagte noch begonnen hat, zur Hauptsache zu verhandeln, der Kläger einseitig die ganze Klage zurücknehmen; ebenso bis dahin selbstverständlich auch einen einzelnen Klagegrund. Wenn also hier Kläger, indem er die Klage ändert, die ursprüngliche Klage zurücknimmt, so kann der Verklagte zwar gegen die Klageänderung, d. h. gegen die Zulassung der geänderten neuen Klage, nicht aber gegen die gleichzeitige oder implicite erfolgte Zurücknahme der ursprünglichen Klage protestiren. Die Zurücknahme der Klage ist nicht mit dem Verzicht auf den Klageanspruch zu verwechseln; durch erstere wird die Klage nur prozessualisch zurückgezogen und kann jederzeit wieder aufgenommen werden.[6]) Ist also in einem solchen Falle die Klageänderung eine unzulässige, so genügt die Abweisung angebrachter Maßen als Formel für Beides, da ja durch sie weder der ursprünglichen noch der neuen Klage materiell präjudizirt wird. Will man ganz präzise sein, so muß man freilich auch hier unterscheiden und die Norm etwa dahin fassen: 1) daß es bei der Zurücknahme der Klage aus dem ursprünglichen Fundamente sein Bewenden zu behalten; 2) daß die Klage aus dem geänderten Fundamente in angebrachter Art abzuweisen. Wird gegen die Klageänderung nicht protestirt, so behält es bei der Zurücknahme der ursprünglichen Klage sein Bewenden und es wird über die neue Klage als nunmehr alleinige verhandelt und entschieden.

Hat hingegen schon die mündliche Verhandlung des Verklagten zur Hauptsache begonnen, so hat der Verklagte ein Recht darauf, daß das judicium coeptum durch Urtheil entschieden wird (judicio contrahitur). Es kann daher alsdann nur mit seiner positiven Einwilligung die Klage zurückgenommen werden. Dieser Fall tritt also namentlich bei allen späteren Terminen, speziell nach der Beweisaufnahme, ein. Wird hier eine unzulässige Klageänderung vorgenommen, gegen dieselbe protestirt und in die Zurücknahme der ursprünglichen Klage nicht eingewilligt,[7]) so muß die geänderte Klage

---

[6]) Wegen der Kosten vgl. § 243 Abs. 3 und 4.

[7]) Man beachte, daß die Klageänderung schon zulässig ist, wenn dagegen nicht protestirt wird, die Zurücknahme erst zulässig, wenn der Verklagte hierin einwilligt. Die Einwilligung muß also positiv sein. Doch ist damit nicht ausgeschlossen, daß sie nicht auch durch konkludente Handlungen, also stillschweigend,

in angebrachter Art abgewiesen werden, was alsbald durch Zwischenurtheil geschehen kann (vgl. Nr. 1), wogegen über die ursprüngliche, obgleich zurückgenommene Klage sachlich und kontradiktorisch entschieden werden muß.

Wird hingegen in diesem Zeitpunkt gegen die Klageänderung nicht protestirt, aber auch in die Zurücknahme der ursprünglichen Klage nicht eingewilligt,[8]) so muß sowohl über die ursprüngliche als über die neue Klage sachlich verhandelt und entschieden werden.

---

erfolgen kann, was quaestio facti ist. Das richterliche Fragerecht wird hier eine Rolle spielen.

[8]) Dieser Fall wird freilich seltener vorkommen, da in dem Nicht-Protest gegen die Klageänderung thatsächlich meist auch eine positive Einwilligung in die insoweite Zurücknahme der ursprünglichen Klage liegen wird. Doch braucht dies nicht immer der Fall zu sein.

30824
Westerburg, Albert
Beiträge zur Lehre vom Urtheil.
Law
For
W5262be

UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET